REPÚBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL
75

GACETA
DE LA
CORTE CONSTITUCIONAL
1997

SEPTIEMBRE

ORGANO OFICIAL DE DIVULGACIÓN
DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: R 011514

NUMERO CLASIFICACION

COMPRA CANJE DONACION

FECHA: 03 SET. 2003

PRECIO:

PROCEDENCIA:

PAIS:

CORTE CONSTITUCIONAL
BIBLIOTECA

P.1.

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1997

SEPTIEMBRE

TOMO 9

ORGANO OFICIAL DE DIVULGACION DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

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

CORTE CONSTITUCIONAL

1997

MAGISTRADOS

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Presidente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Vicepresidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO
Relator

SUMARIO
SEPTIEMBRE DE 1997

AUTOS

Auto 029 de septiembre 3 de 1997 13

Auto 030 de septiembre 18 de 1997 17

Auto 031 de septiembre 18 de 1997 21

Auto 032 de septiembre 18 de 1997 23

Auto 033 de septiembre 26 de 1997 27

Auto 034 de septiembre 26 de 1997 37

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

Sentencia C-423 de septiembre 4 de 1997 47

Sentencia C-424 de septiembre 4 de 1997 69

Sentencia C-425 de septiembre 4 de 1997 77

Sentencia C-426 de septiembre 4 de 1997 89

Sentencia C-427 de septiembre 4 de 1997 105

Sentencia C-428 de septiembre 4 de 1997 114

Sentencia C-429 de septiembre 4 de 1997 153

Sentencia C-430 de septiembre 4 de 1997 167

Sentencia C-431 de septiembre 4 de 1997 179

Sentencia C-443 de septiembre 18 de 1997 186

Sentencia C-444 de septiembre 18 de 1997 214

Sentencia C-445 de septiembre 18 de 1997 224

Sentencia C-446 de septiembre 18 de 1997 239

Sentencia C-447 de septiembre 18 de 1997 246

Sentencia C-448 de septiembre 18 de 1997 257
Sentencia C-456 de septiembre 23 de 1997 287
Sentencia C-469 de septiembre 25 de 1997 344
Sentencia C-470 de septiembre 25 de 1997 354
Sentencia C-471 de septiembre 25 de 1997 378
Sentencia C-472 de septiembre 25 de 1997 384
Sentencia C-473 de septiembre 25 de 1997 391
Sentencia C-474 de septiembre 25 de 1997 406
Sentencia C-475 de septiembre 25 de 1997 413

SENTENCIAS SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES

Sentencia C-421 de septiembre 4 de 1997 437
Sentencia C-422 de septiembre 4 de 1997 452
Sentencia C-467 de septiembre 25 de 1997 467
Sentencia C-468 de septiembre 25 de 1997 514

SENTENCIA SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES

Sentencia C-466 de septiembre 25 de 1997 587

SENTENCIAS DE TUTELA

Sentencia T-419 de septiembre 1 de 1997 601
Sentencia T-420 de septiembre 1 de 1997 607
Sentencia T-432 de septiembre 4 de 1997 615
Sentencia T-433 de septiembre 4 de 1997 630
Sentencia T-434 de septiembre 8 de 1997 651
Sentencia T-435 de septiembre 8 de 1997 656
Sentencia T-436 de septiembre 10 de 1997 662
Sentencia T-437 de septiembre 10 de 1997 667
Sentencia T-438 de septiembre 10 de 1997 676
Sentencia T-439 de septiembre 15 de 1997 683
Sentencia T-440 de septiembre 16 de 1997 701
Sentencia T-441 de septiembre 16 de 1997 707
Sentencia T-449 de septiembre 18 de 1997 747

Sentencia T-450 de septiembre 18 de 1997 754
Sentencia T-451 de septiembre 18 de 1997 759
Sentencia T-452 de septiembre 18 de 1997 766
Sentencia T-453 de septiembre 18 de 1997 772
Sentencia T-454 de septiembre 18 de 1997 780
Sentencia T-455 de septiembre 18 de 1997 786
Sentencia T-457 de septiembre 23 de 1997 793
Sentencia T-458 de septiembre 24 de 1997 804
Sentencia T-459 de septiembre 24 de 1997 850
Sentencia T-460 de septiembre 24 de 1997 880
Sentencia T-461 de septiembre 24 de 1997 889
Sentencia T-462 de septiembre 24 de 1997 895
Sentencia T-463 de septiembre 24 de 1997 903
Sentencia T-464 de septiembre 24 de 1997 909
Sentencia T-465 de septiembre 24 de 1997 916
Sentencia T-481 de septiembre 26 de 1997 923
Sentencia T-482 de septiembre 29 de 1997 937
Sentencia T-483 de septiembre 29 de 1997 943

SENTENCIAS DE TUTELA DE SALA PLENA

Sentencia SU-442 de septiembre 16 de 1997 957
Sentencia SU-476 de septiembre 25 de 1997 1003
Sentencia SU-477 de septiembre 25 de 1997 1033
Sentencia SU-478 de septiembre 25 de 1997 1046
Sentencia SU-479 de septiembre 25 de 1997 1068
Sentencia SU-480 de septiembre 25 de 1997 1077

INDICE DE NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES 1119

INDICE DE NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES 1123

INDICE TEMATICO 1125

AUTOS
SEPTIEMBRE
1997

AUTO No.029
septiembre 3 de 1997

DERECHO A LA IMPUGNACION-No sustentación

Las autoridades no pueden bajo ninguna circunstancia, convertir en un requisito sine qua non la obligatoria sustentación de un recurso que en el caso de la tutela no lo exige. La informalidad de la tutela no puede hacer indispensable la sustentación o clara argumentación del recurso de impugnación, como así se señala para otros procedimiento judiciales cuya finalidad es diferente de la protección de los derechos fundamentales.

Referencia: Expediente T-129652

Peticionario: Marco Antonio Navarrete Sierra

Procedencia: Juzgado 67 Penal Municipal de Bogotá

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., en la Sesión de la Sala Sexta de Revisión a los tres (3) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, decide sobre el fallo proferido por el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en la tutela presentada por el señor Marco Antonio Navarrete Sierra, contra el Instituto Penitenciario INPEC.

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado Sesenta y Ocho Penal Municipal de Santafé de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección número Seis de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. CONSIDERACIONES.

El demandante presentó acción de tutela ante el Juzgado Sesenta y Siete Penal Municipal de Santafé de Bogotá, el día diecisiete (17) de febrero de 1997, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la asociación sindical, educación, trabajo y unidad familiar. Dicho juzgado mediante decisión del 28 de febrero de este año, negó la tutela en cuestión, decisión que fue impugnada por el actor. Remitido el expediente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, para que resolviera dicha impugnación, éste resolvió abstenerse de fallar, argumentado para ello que el actor no sustentó el recurso en los términos señalados por el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

Analizado el expediente en cuestión, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación en relación con el trámite que debe surtir el recurso de impugnación en la acción de tutela, es muy claro que las autoridades no pueden bajo ninguna circunstancia, convertir en un requisito *sine qua non* la obligatoria sustentación de un recurso que en el caso de la tutela no lo exige.

La informalidad de la tutela no puede hacer indispensable la sustentación o clara argumentación del recurso de impugnación, como así se señala para otros procedimientos judiciales cuya finalidad es diferente de la protección de los derechos fundamentales.

En relación con la sustentación del recurso de impugnación vale la pena citar particularmente en la Sentencia T-501 del 21 de agosto de 1992, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo:

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

"En este orden de ideas, no es posible equiparar la impugnación del fallo de tutela con los demás recursos consagrados en otras leyes, pues ellos tienen fines distintos y diferente régimen, menos aún con el objeto de impedir su ejercicio haciéndole extensivos 'por analogía' requisitos expresamente indicados para los recursos ordinarios o extraordinarios".

"Además, acudiendo a la interpretación teleológica de las normas constitucionales, se halla fácilmente el sentido protector de la acción de tutela, al igual que su inconfundible orientación hacia el perfeccionamiento material de los derechos fundamentales (artículo 1, 2, y 86 de la Constitución, entre otros), que no se obtiene den-

tro de una concepción que rinda culto a las formas procesales, menos aún si ellas no han sido expresamente consagradas. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de velar por la prevalencia del derecho sustancial, tan nítidamente definida por el artículo 228 de la Carta Política".

En igual sentido se pronunció esta Corte en el Auto 003 de enero 23 de 1995, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara :

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

"Ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en cuanto a que el derecho a impugnar los fallos de tutela ha sido reconocido a las partes en forma directa por la Carta Política, por lo que los jueces de la República no pueden impedir su ejercicio ni exigir más requisitos que aquellos expresamente establecidos en las disposiciones superiores.

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

De esta manera, y vistas las anteriores consideraciones, observa la Sala de Revisión, que el Juez Segundo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, desconoció la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que no se requiere sustentar el recurso de impugnación cuando de tutela se trata. Por este motivo, no se procederá a revisar la presente acción de tutela. En su lugar hará devolución del expediente al juez Segundo Penal del Circuito de Bogotá para que se pronuncie en debida forma sobre el asunto en cuestión, y de esta manera quede agotada plenamente la segunda instancia.

II. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: ABSTENERSE de realizar la revisión de fondo de la presente acción de tutela, por haberse pretermitido una instancia.

Segundo: DECLARAR sin valor ni efecto la providencia del catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), mediante la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santafé de Bogotá resolvió abstenerse de fallar la presente acción de tutela.

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

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 030
septiembre 18 de 1997

DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Necesidad de ser oido tercero interesado

De acuerdo con lo señalado por el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial excepcional que no requiere mayor formalidad. Sin embargo, ello no es óbice para que pueda sustraerse a una obligación constitucional como es el cumplimiento estricto del debido proceso, que debe ser observado en el desarrollo de todas las actuaciones judiciales y administrativas, conforme lo indica el artículo 29 de la Constitución Política. El derecho que se tiene a ser oído en cada actuación judicial o administrativa, atañe no solamente a quien es demandado, sino también a quienes como terceros en dichas actuaciones, se vean afectados con las decisiones que se llegaren a tomar en dichos procesos.

CARRERA JUDICIAL-Notificación de tercero interesado por pretender relevar del cargo a quién fue nombrado en concurso

Resulta evidente que en ésta tutela cuya pretensión es la de obtener un nombramiento en alguno de los cargos de juez penal municipal, cargo para el cual la demandante concursó y obtuvo el tercer puesto, mejor que el obtenido por quienes fueron nombrados, tendría un primer efecto que sería el de relevar del cargo a quien ya fue nombrado. Pero si esta última persona no ha sido notificada de dicha tutela, se estaría violando su derecho fundamental al debido proceso, al no habérsele dado la oportunidad de ser oída, razón por la cual resulta imperioso concluir en la nulidad de lo actuado hasta el momento.

Referencia: Expediente T-134359

Peticionario: Ana Lucía Martínez Giraldo

Procedencia: Sección Segunda, Subsección "A", de la Sala contencioso administrativa del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente : Dr. Hernando Herrera Vergara

Auto aprobado en Santafé de Bogotá D.C., en la Sesión de la Sala Sexta de Revisión a

los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

El proceso de la referencia fue remitido a esta Corporación para los efectos de su revisión por parte de la Corte Constitucional, el cual fue seleccionado por la Sala de Selección número Seis mediante auto del 20 de junio de este año.

Sin embargo, antes de entrar a resolver el fondo del asunto planteado, la Sala de Revisión a quien le fue repartido el expediente, procede a examinar si, el trámite adelantado adolece de alguna de nulidad.

1. La señora Ana Lucía Martínez Giraldo presentó acción de tutela contra el Tribunal Superior de Florencia, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la igualdad y trabajo.

2. Afirma la peticionaria que habiendo concursado para acceder el cargo de juez penal municipal de Florencia, fue incluida en la lista de elegibles en el puesto No. 3, de acuerdo al puntaje señalado por el registro de elegibles que se hizo para proveer los cargos de jueces de la República, de acuerdo con la convocatoria hecha en el año de 1994.

3. Sin embargo, la actora no fue tenida en cuenta por el Tribunal Superior de Florencia para proveer los dos cargos de jueces penales municipales que se encontraban vacantes en dicha ciudad, procediendo en cambio a nombrar en dichos cargos a otros dos aspirantes, quienes de acuerdo a la lista de elegibles y al puntaje obtenido en la convocatoria, se ubicaron en los puestos 22 y 32 de la misma.

4. Dicha situación desconoce abiertamente lo establecido por los artículos 166 y 167 de la ley Estatutaria de la Justicia, así como también por lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, textos en los cuales se indica que la provisión de los cargos debe hacerse con sujeción estricta al orden de colocación en la lista de elegibles conforme a la mayor puntuación, correspondiendo así al orden de méritos.

5. Finalmente señala la demandante, que los otros dos candidatos que ocuparon los puestos 1 y 2 de la respectiva lista de elegibles para cubrir las vacantes en cuestión, no accedieron a suplir dichas vacantes, pues el primero de ellos fue nombrado como juez penal municipal en Leticia, de acuerdo a escrito emanado de la Secretaria General del Tribunal Superior de Cundinamarca el cual fue aportado por la tutelante, y en cuanto al segundo en la lista, falleció tal como se comprueba en escrito proveniente de la Jefatura de Cedulación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que certifica la cancelación de la cédula del señor Neftali Santa Cardona, por muerte. Este último escrito también fue aportado por la demandante.

Ante tal situación, la demandante considera violados sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, pues de acuerdo con los hechos expuestos y por los documentos aportados al proceso, una de las dos vacantes a suplir le correspondería a ella en razón al puntaje obtenido. Por lo anterior, solicita que en estricta sujeción al orden de lista de elegibles, y de acuerdo a los puntajes obtenidos, proceda el Tribunal Superior de Florencia, a prove-

er los cargos para los juzgados 1° y 3° Penal Municipal del Circuito de Florencia, actuación que deberá cumplir en el término máximo de cuarenta y ocho (48) horas, de acuerdo a lo establecido por el artículo 27 del decreto 2591 de 1991.

Tanto el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento de Caquetá, así como la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, procedieron a negar la tutela. En primera instancia, el Tribunal consideró que si bien la actuación del Tribunal Superior de Florencia no se ajusta a las normas legales, no se vulnera ningún derecho fundamental, pues el hecho de que la demandante hubiese ocupado el tercer puesto en la lista de candidatos elegibles, su posibilidad de acceder a estos cargos era una mera expectativa, pues se sometía tal posibilidad a que quienes ocupaban el primero y segundo puesto no aceptaren el nombramiento. Finalmente, la demandante tiene otra vía de defensa judicial, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Impugnada la anterior decisión, procedió el Consejo de Estado a señalar que existiendo otra vía de defensa judicial, no resulta necesario entrar a conocer de fondo las pretensiones de la demandante, razón por la cual procede a revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar rechazar la presente tutela.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. El debido proceso en las actuaciones provocadas por el ejercicio de la acción de tutela.

De acuerdo con lo señalado por el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial excepcional que no requiere mayor formalidad. Sin embargo, ello no es óbice para que pueda sustraerse a una obligación constitucional como es el cumplimiento estricto del debido proceso, que debe ser observado en el desarrollo de todas las actuaciones judiciales y administrativas, conforme lo indica el artículo 29 de la Constitución Política.

El derecho que se tiene a ser oído en cada actuación judicial o administrativa, atañe no solamente a quien es demandado, sino también a quienes como terceros en dichas actuaciones, se vean afectados con las decisiones que se llegaren a tomar en dichos procesos.

Visto lo anterior, resulta evidente que en ésta tutela cuya pretensión es la de obtener un nombramiento en alguno de los cargos de juez penal municipal de Florencia, cargo para el cual la demandante concursó y obtuvo el tercer puesto, mejor que el obtenido por quienes fueron nombrados, tendría un primer efecto que sería el de relevar del cargo a quien ya fue nombrado. Pero si esta última persona no ha sido notificada de dicha tutela, se estaría violando su derecho fundamental al debido proceso, al no habérsele dado la oportunidad de ser oída, razón por la cual resulta imperioso concluir en la nulidad de lo actuado hasta el momento.

De e a manera, esta Sala Sexta de Revisión, ordenará al Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá que reinicie el trámite correspondiente a la acción instaurada, notificando además de la parte demandada, a los Jueces Primero y Tercero Penal Municipal

de Florencia para que, en su condición de terceros afectados, sean oídos dentro del proceso y puedan hacer valer sus argumentos, ejerciendo así la totalidad de las garantías previstas en el artículo 29 de la Constitución Política.

II. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Declárase la NULIDAD de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, y por la Sección Segunda, Subsección "A" de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, respectivamente.

Segundo: ORDENASE al Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá reanudar el proceso, notificando, además de la parte demandada, a los doctores Martha Cecilia Artunduaga Guaraca y Carlos Alberto Ramón Ballestas Barrios, jueces Primero y Tercero Penal Municipal de Florencia.

Tercero: El Tribunal dispondrá también la notificación de esta providencia a la demandante, doctora Ana Lucía Martínez Giraldo.

Cuarto: Una vez surtida la primera instancia y, en su caso, la segunda, regrese el asunto al despacho del Magistrado Sustanciador de la Revisión, para posterior examen de la Sala de Revisión.

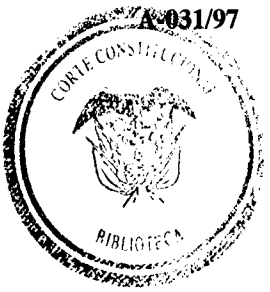
Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General



AUTO No. 031
septiembre 18 de 1997

ACUMULACION FALLOS DE TUTELA PARA REVISION-
Improcedencia por situación fáctica

Referencia: Expedientes T-134050 y 134359

Peticionarios: Marco Tulio Borja González y Ana Lucía Martínez Giraldo.

Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA

Auto aprobado en Santafé de Bogotá D.C., en la Sesión de la Sala Sexta de Revisión a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Vistos los expedientes de tutela T-134050 y T-134359 cuyos demandantes son Marco Tulio Borja González y Ana Lucía Martínez Giraldo respectivamente, que fueron acumulados para su revisión por auto del 20 de junio de 1997, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz considera, que si bien la temática contenida en dichas tutelas es similar, la situación fáctica desarrollada en cada una de ellas no permite que sean falladas en una misma sentencia, motivo por el cual esta Sala Sexta de Revisión,

RESUELVE:

DESACUMULAR para su revisión, los expedientes de tutela T-134050, demandante Marco Tulio Borja González y T-134359, demandante Ana Lucía Martínez Giraldo, los cuales serán fallados por separado.

Notifíquese, y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 032
septiembre 18 de 1997

DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Necesidad de ser oído tercero interesado/**DEBIDO PROCESO DE TUTELA**/Debido proceso de Tutela-Notificación de quien fue nombrado por concurso

De acuerdo con lo señalado por el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial excepcional que no requiere mayor formalidad. Sin embargo, ello no es óbice para que pueda sustraerse a una obligación constitucional como es el cumplimiento estricto del debido proceso, que debe ser observado en el desarrollo de todas las actuaciones judiciales y administrativas. El derecho que se tiene a ser oído en cada actuación judicial o administrativa, atañe no solamente a quien es demandado, sino también a quienes como terceros en dichas actuaciones, se vean afectados con las decisiones que se llegaren a tomar en dichos procesos.

Referencia: expediente T-134050

Peticionario: Marco Tulio Borja González

Procedencia: Sección Cuarta de la Sala Contencioso de lo Administrativo del Consejo de Estado.

Magistrado Ponente : Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Auto aprobado en Santafé de Bogotá D.C., en la sesión de la Sala Sexta de Revisión a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el Consejo de Estado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, siendo seleccionado por la Sala de Selección número Seis mediante auto del 20 de junio de este año.

La Sala Seis de Revisión de la Corte, antes de entrar a resolver el fondo del asunto planteado, procede a examinar si, el trámite adelantado adolece de alguna nulidad.

1. El Honorable Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo No. 070 de 1994, convocó a concurso de méritos para designar jueces de la república, participando el actor

en la especialidad de Civil del Circuito. Obtuvo así el primer lugar con un puntaje de 607.81, y fue incluido como primero en la lista de elegibles, entre nueve (9) participantes para el cargo de Juez Civil del Circuito de Lorica, lista que fue remitida al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería.

2. Mediante Acta No. 006 del 6 de febrero de este año, el Tribunal mencionado, procedió a proveer los distintos cargos de jueces vacantes en su jurisdicción, nombrando entre ellos, al señor Carmelo del Cristo Ruíz Villadiego, como nuevo juez Civil del Circuito de Lorica, persona que ocupó el séptimo puesto en la lista de elegibles para dicho cargo, con un puntaje de 466.36.

3. Ante tal situación, el demandante, señor Borja González, considera que el Tribunal Superior de Montería, mediante dicho nombramiento le ha violado sus derechos fundamentales a la igualdad, y al trabajo, pues considera que al hacerse una convocatoria por parte del Consejo Superior de la Judicatura para elaborar listas de elegibles a los diferentes cargos de carrera judicial, busca con ello garantizar a los concursantes igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos judiciales. Señala que por tal motivo, y de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-037 de 1996, el nombramiento deberá recaer sobre quien haya obtenido el mayor puntaje y se encuentre encabezando la lista.

Vistos los anteriores hechos, el actor solicita se declare nulo y se revoque la designación en propiedad que al cargo de Juez Civil del Circuito de Lorica, hiciera el Tribunal Superior de Montería, mediante Acta No. 006 de febrero 6 de 1997 y que recayó en el señor Carmelo del Cristo Ruíz Villadiego.

Mediante fallo del tres de abril del presente año, el Tribunal Administrativo de Córdoba, resolvió negar la presente acción de tutela. Consideró dicho Tribunal que respecto de los actos administrativos emanados del Tribunal Superior de Montería, como son el acto por el cual el demandante fue postulado al cargo de juez Civil del Circuito de Lorica, obteniendo cuatro votos a favor y cinco en contra, y en segundo término el acto por el cual fue elegido al cargo en cuestión al señor Carmelo del Cristo Ruíz Villadiego, existen otros mecanismo de defensa judicial, que hacen improcedente la presente tutela. Señala finalmente, que la utilización de la tutela como mecanismo transitorio, no depende del querer del peticionario, sino de la situación fáctica que ameritan su utilización. Por tal motivo, procedió a negar la presente tutela.

Impugnada la anterior decisión, conoció en segunda instancia la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, la cual procedió a revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, y en su lugar rechazó la tutela. Consideró el Consejo de Estado que al demandante le asisten otros medios de defensa judicial, como son los propios para atacar los actos administrativos que él considera lo han afectado. Señaló también, que en este caso la tutela tampoco procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, pues si bien el actor citó numerosa jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto, no demostró el perjuicio irremediable que se le pueda causar. Por tal motivo y sin tener que entrar a decidir de fondo

el Consejo de Estado resolvió revocar el fallo de primera instancia y en su lugar procedió a rechazar la presente tutela.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El debido proceso en las actuaciones provocadas por el ejercicio de la acción de tutela.

De acuerdo con lo señalado por el decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial excepcional que no requiere mayor formalidad. Sin embargo, ello no es óbice para que pueda sustraerse a una obligación constitucional como es el cumplimiento estricto del debido proceso, que debe ser observado en el desarrollo de todas las actuaciones judiciales y administrativas, conforme lo indica el artículo 29 de la Constitución Política.

El derecho que se tiene a ser oído en cada actuación judicial o administrativa, atañe no solamente a quien es demandado, sino también a quienes como terceros en dichas actuaciones, se vean afectados con las decisiones que se llegaren a tomar en dichos procesos.

Visto lo anterior, resulta evidente que ésta tutela cuya pretensión es la de obtener el nombramiento en el cargo de juez civil del circuito de Lorica, cargo para el cual el demandante concursó y obtuvo el primer puesto, tendría un primer efecto que sería el de relevar del cargo a quien ya fue nombrado. Pero si esta última persona no ha sido notificada de dicha tutela, se estaría violando su derecho fundamental al debido proceso, al no habérsele dado la oportunidad de ser oída, razón por la cual resulta imperioso concluir en la nulidad de lo actuado hasta el momento.

De esta manera, esta Sala Sexta de Revisión, ordenará al Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba que reinicie el trámite correspondiente a la acción instaurada, notificando además de la parte demandada, al Juez Civil del Circuito de Lorica para que, en su condición de tercero afectado, sea oído dentro del proceso y puedan hacer valer sus argumentos, ejerciendo así la totalidad de las garantías previstas en el artículo 29 de la Constitución Política.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Declárase la NULIDAD de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, y por la Sección Cuarta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, respectivamente.

Segundo: ORDENASE al Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba reanudar el

proceso, notificando, además de la parte demandada, al señor Carmelo del Cristo Ruíz Villadiego, Juez Civil del Circuito de Lorica.

Tercero: El Tribunal dispondrá también la notificación de esta providencia al demandante, señor Marco Tulio Borja González.

Cuarto: Una vez surtida la primera instancia y, en su caso, la segunda, regrese el asunto al despacho del Magistrado Sustanciador de la Revisión, para posterior examen de la Sala de Revisión.

Cópiese, notifíquese, 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

AUTO No. 033
septiembre 18 de 1997

DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Citación de tercero interesado

La Corte ha considerado que no es posible adelantar válidamente un proceso de tutela cuya finalidad esté dirigida a desconocer actos jurídicos, sentencias o providencias judiciales ejecutoriadas, o actos administrativos, sin la citación de quienes participaron en tales actos, o se encuentran en una situación jurídica concreta en virtud de ellos. Estima la Sala que el fundamento del llamado que debe hacerse a los terceros con interés legítimo en el resultado del proceso de tutela, no es otro que el derecho al debido proceso aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas según el artículo 29 Superior, predicado del cual se deduce que también el procedimiento propio del mecanismo de defensa previsto en el artículo 86 de la C.P. se encuentra gobernado por sus reglas, en los términos de las normas constitucionales y legales y en particular las del Decreto 2591 de 1991. Si no se ha procurado el acceso de los interesados a la actuación procesal, para los fines de su defensa, se produce una evidente vulneración del debido proceso que genera la nulidad de lo que se haya adelantado sobre la base de ese proceder procesal.

Referencia: Expediente T-134654

Actor: Gabriel Alfonso Vasquez Ojeda

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997)

I. ANTECEDENTES

A través de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C.P. y reglamentada por los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, el ciudadano Gabriel Alfonso Vasquez Ojeda, mediante apoderado judicial, solicitó la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa que considera violados por la entidad industrial y comercial del Estado "ECOCARBON LTDA., autoridad en contra de la cual dirige la presente solicitud de amparo.

HECHOS Y PRETENSIONES

Al decir del actor, sucede que mediante la aplicación de parámetros y reglas técnicas, viene explotando de hecho una pequeña mina carbonífera situada en dos lotes de terreno de su propiedad, ubicados en la vereda "Pedregal Bajo", municipio de Sogamoso, Departamento de Boyacá, actividad que ha realizado ininterrumpidamente, desde hace 19 años, "derivando de ahí la subsistencia congrua para su familia",

Manifiesta el demandante que desde hace más de 10 años, un ingeniero de minas, inició ante el Ministerio de Minas y Energía, un proceso de licencia de exploración carbonífera en un área de 100 hectáreas, aproximadamente, ubicada en el lugar citado, precisamente donde varias familias, entre ellas el solicitante "laboraban desde mucho tiempo atrás".

Relató el peticionario que en ese trámite no se levantó 'encuesta técnica respecto a los pequeños mineros', ni se les informó sobre las consecuencias de la solicitud, por el contrario, todo se hizo a sus espaldas, es más, el ingeniero se limitó a trazar la poligonal envolvente del área, dejando las cosas así, para posteriormente, en 1991, activar el trámite correspondiente. La Dirección General de Asuntos Legales, División Legal de Minas, del Ministerio de Minas y Energía, mediante resolución 14.491 de ese año (fols. 74-75, C-1), otorgó la licencia solicitada por el término de un año, período dentro del cual el ingeniero tenía que iniciar los trabajos de exploración de acuerdo con los parámetros legales y rendir el informe explícito sobre los trabajos realizados, así como sus inversiones.

Igualmente, adujo el demandante, que vencido el plazo de vigencia de la licencia, otros ingenieros, cesionarios aceptados del inicial explorador, no presentaron el informe, razón por la cual ECOCARBON LTDA. les canceló el permiso, pero en 1994, mediante 'argucias procedimentales'. revocó esa decisión sustituyéndola en el sentido de conceder *'LICENCIA DEFINITIVA DE EXPLOTACION'* por un término de diez años, sin existir el mencionado informe técnico (fols. 81-83, C-1), concediendo el permiso de explotación definitivo, inmediatamente, amparados en el referido acto administrativo, los ingenieros beneficiarios presentaron acciones de policía de desalojo contra los 'pequeños mineros', con el fin único de *'HACER NEGOCIO'* y no de racionalizar la explotación, al extremo de haberle solicitado al actor la suma de $17.000.000.oo *'para dejar de molestarlo'*, pese a ser una persona pobre, humilde y semi-alfabeta (sic).

Agregó también en su libelo el demandante, que la ley 141 de 1994, calificó a los pequeños mineros *'EXPLOTADORES DE HECHO'*, y no *'ILICITOS'* como lo hacía el Código de Minas, permitiéndoles acogerse *'al programa de legalización de su pequeña explotación'*. En virtud de el, actor adelantó el procedimiento de verificación técnica y legal de su mina (expediente T-962), el cual según los informes de los ingenieros y técnicos de ECOCARBON LTDA., fue favorable, pero la parte accionada, concretamente el Subgerente de la Regional Nobsa, expidió el acto administrativo No. RG1N 989-96 de 4 de octubre de 1996 (fols. 57-58, C-2), negando legalizar la explotación de hecho y ordenando, además del archivo de las diligencias, el desalojo y clausura de su pequeña mina, aduciendo el fracaso de la conciliación ante la superposición existente entre el

área de la licencia No. 14.194 y la solicitada dentro del programa social de legalización (fols. 59-51, ib.), la cual fue objeto de los recursos de reposición y apelación.

Aduce el actor que mediante resolución No. 148 de 4 de diciembre de 1996 (fols. 25-29, C-2), se confirmó la anterior decisión y *'gritan QUE NO HAY APELACION (sic.)'*, pese a lo cual oportunamente interpuso recurso de queja directamente en la Dirección General de Ecocarbón Limitada, en Santafé de Bogotá, D.C., donde se expidió el acto administrativo No. 005 de 1997 (fols. 2-5, C-2), rechazándolo por improcedente.

Precisado lo anterior, el accionante concretiza el desconocimiento de los derechos fundamentales en los siguientes hechos:

Debido proceso, porque, de un lado, se concedió licencia definitiva de explotación minera carbonífera sin existir el informe técnico que debían rendir los beneficiarios del permiso y, de otro, porque según el artículo 98 del decreto 2655 de 1988 (Código de Minas), la exploración y explotación de carbón mineral de propiedad de la nación no se puede otorgar mediante licencia, sino por el sistema de contrato. Si así hubiere procedido ECOCARBON, su *'situación hubiere cambiado sustancialmente'*, pues existiendo superposición en el área contratada, perfectamente la entidad podía *'levantar o sustraer.... la porción pequeña que explota'*, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 141 de 1994, pero como no obró así, desconoció el procedimiento de una manera que hizo daño a terceros, concluyendo que el haber archivado las diligencias de legalización y ordenado el desalojo y clausura de la pequeña mina, al dirimir derechos sin previo proceso ni debate, usurpó las funciones atribuidas a los Jueces de la República, con lo cual violentó el derecho de defensa, porque en el acto administrativo inmediatamente citado *'no dicen (sic.) una palabra respecto a qué recursos proceden (...); a simple vista se ve como un acto discrecional'*. Fuera de ello, no encuentra explicación alguna para que no proceda el recurso de apelación si la resolución administrativa fue proferida por un subalterno del Gerente General, evento en el cual es susceptible de alzada de conformidad con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente concluyó el apoderado del demandante en su libelo, que el citado acto administrativo le ordenó a su cliente, señor GABRIEL ALFONSO VASQUEZ OJEDA suspender *'las labores mineras ... y retirar las maquinarias, bienes y herramientas de trabajo allí existentes' (fol. 58, C-2)*. También advirtió a los titulares de la licencia de explotación No. 14.494 y al explotador de hecho, el citado señor, que ante la superposición de áreas debían acudir a la jurisdicción ordinaria en lo civil para dirimir el conflicto."

II. FALLO DE INSTANCIA

Después de analizar el material probatorio allegado al proceso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, Sala Civil-Agraria, en fallo de 7 de abril de 1997, concedió transitoriamente el amparo constitucional solicitado, al considerar que el peticionario Gabriel Alfonso Vasquez Ojeda, cuenta con otros medios de defensa judicial, como acudir a la jurisdicción civil o administrativa. No obstante lo anterior, la circunstancia de haber demostrado que viene explotando de hecho la mina ubicada en terrenos de su pro-

piedad mucho tiempo atrás, al trámite iniciado por terceras personas para obtener una licencia o título minero, y como quiera que el señor Vasquez Ojeda inició petición de legalización social de su explotación, acogiéndose a la Ley 141 de 1994, la cual concluyó en sede administrativa con su rechazó y con una orden de ECOCARBON LTDA. de suspender "las labores mineras y retirar su maquinaria, bienes y herramientas de trabajo allí existentes", se produjo la violación del derecho a la vida, al trabajo y al debido proceso.

En efecto, consideró el a-quo, que aunque los actos administrativos proferidos formalmente, esto es, las licencias de explotación y explotación minera, otorgadas a terceros se han ceñido a las normas legales pertinentes, ECOCARBON LTDA., agrega, omitió aplicar lo dispuesto en el artículo 5 del decreto 2636 de 1986, en cuanto le ordenaba a la entidad suspender las solicitudes de trámite de título minero en el evento de existir superposición de áreas, como acontece en el caso concreto, "a petición de personas interesadas u oficiosamente al momento de detectarse, hasta tanto no sea definido el asunto".

Así mismo, consideró el juez de tutela de primera instancia, que la entidad al no haber obrado de esa manera, también amenazó "el derecho a la vida, por impedirse en forma radical el medio de sustento del interesado, y hasta el derecho al trabajo, porque es persona que vive de la actividad de la minería, no desempeña labor distinta y se cierran sus posibilidades". En consecuencia, ordenó el a-quo, lo siguiente: Primero: tutelar, como mecanismo transitorio, los derechos fundamentales al debido proceso, a la vida y al trabajo del señor Gabriel Alfonso Vasquez Ojeda, que le han sido amenazados por la empresa ECOCARBON LTDA. al disponer la suspensión de labores y retiro de maquinarias y herramientas del lugar de trabajo, mediante acto administrativo RGIN 989-96; dispuso igualmente el Tribunal, que la entidad estatal aludida, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, proceda a suspender los efectos de la decisión administrativa RGIN 989-96, permitiendo que el actor continúe laborando en la mina, hasta tanto la jurisdicción administrativa u ordinaria, defina la controversia, Tercero: comunicar y notificar a las partes lo ordenado en la decisión conforme a los artículos 10 y 30 del Decreto 2591.

III. LA IMPUGNACION

Dentro del término legal para hacerlo, la empresa demandada, impugnó la decisión del juez de primera instancia, al estimar que el amparo no se puede conceder, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable del minero, pues no se dan los presupuestos de un daño irreparable, como quiera que ECOCARBON ajustó su proceder administrativo a las normas legales vigentes previstas en el Código de Minas.

Consideró el impugnante, que las resoluciones proferidas se encuentran amparadas por la presunción de legalidad y no desconocen normas constitucionales ni son contrarias a la vida, al debido proceso ni al trabajo, como derechos fundamentales.

De otro lado, argumenta la empresa demandada que el desconocimiento o amenaza de esos derechos no puede surgir de la inaplicación del artículo 5 del decreto 2636 de 1994, como lo sostiene el tribunal, pues el mandato allí consignado se refiere a la superposición de áreas entre "solicitudes", más no entre un título minero legalmente otorgado, como es la

licencia No. 14194, y una petición del programa de legalización social minero de la ley 141 de 1994, art. 58, razón por la cual los derechos adquiridos mediante un documento de tal estirpe, debidamente inscritos en el registro minero, debe respetarse, mientras que la explotación de hecho constituye una simple expectativa, sin que por el hecho de haberse presentado la solicitud de legalización, ECOCARBON, tenga la obligación de otorgar el derecho a la autorización pedida.

Manifiesta el impugnante, que si el señor Vásquez, es dueño de los terrenos y desarrolla una explotación de hecho anterior a la de los títulos mineros de exploración y explotación expedidos con arreglo a la ley, "debió declarar sus explotaciones para pagar impuestos o regalías desde hace 19 años, pero sólo lo hizo hasta 1995". Luego, al existir superposición de áreas entre un título minero y una situación de hecho, y al haber fracasado la conciliación entre las partes que celebró la empresa, el camino a seguir era el archivo de la solicitud de legalización, seguidamente considerar ilícita esa actividad minera y por último impedir esa explotación ilegal, tal como se desprende de la aplicación de los artículos 242 y 244 C.P., y artículo 11, 287, 302 y 305 del Código de Minas. Así mismo, alega el impugnante, si el actor es el dueño de la propiedad superficiaria donde se encuentran los yacimientos carboníferos, ese hecho no le concede prioridad alguna, pues una cosa es ser dueño de los terrenos y otra diferente, de la propiedad de los recursos naturales no renovables que allí se encuentre, pues el estado es titular de dominio del subsuelo, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes, art. 332 de la C.P. y Ley 20 de 1969. Así las cosas, la parte accionada solicita se revoque en su integridad el fallo impugnado y, en su lugar, se niegue el amparo impetrado.

IV. EL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

En fallo de 19 de mayo de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la H. Corte Suprema de Justicia, resolvió confirmar la sentencia impugnada, con base en los siguientes argumentos:

Consideró el ad-quem que :

"El debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, es un derecho fundamental que debe respetarse en todas las actuaciones judiciales y administrativas. En consecuencia, si esas actuaciones han sido adoptadas permitiendo, así sea de manera breve y sumaria, la oportunidad para aducir, practicar y contradecir pruebas, así como para interponer los recursos procedentes, es lógico que la acción de tutela se encuentra proscrita para enervarlas, salvo que la autoridad administrativa o judicial haya incurrido en una vía de hecho que vulnere el derecho constitucional fundamental de una manera grosera, aberrante, ostensible, fuera del contexto del ordenamiento positivo vigente....".

"En ese orden, como una cosa es la propiedad o posesión superficiaria y otra, muy distinta, la propiedad del suelo y subsuelo mineros, es claro que cuando el Estado concede licencias para explorar y explotar los recursos naturales no renovables, no tiene que citar a los titulares de tales derechos legales subjetivos ni muchos menos

pedir autorización a éstos como condición para conceder el derecho a la exploración y explotación....

Desde esa perspectiva, ningún derecho constitucional fundamental del accionante, propietario de los predios donde se encuentran los yacimientos mineros, pudo haberse desconocido o amenazado por haberse presentado una cualquiera de las circunstancias señaladas en los tres primeros literales, en el trámite adelantado por ECOCARBON LIMITADA para conceder licencia de exploración y explotación del mineral, así sea un explotador de hecho del carbón desde hace diecinueve años, esto es, en época posterior a la vigencia de la Ley 20 de 1969".

"Así, entonces, queda claro para la Corte que los actos administrativos expedidos en los trámites originados en las solicitudes de expedición de títulos mineros de cualquier naturaleza para la exploración y explotación del carbón, emitidos por las Subgerencias Regionales de Ecocarbón Limitada, son de carácter nacional y como tales únicamente susceptibles del recurso de reposición. Esto por cuanto esa facultad legalmente se encuentra atribuida al Ministerio de Minas y Energía, pero, como ya se vio, éste en virtud del mecanismo de la delegación de funciones, encargó de esa función a la empresa industrial y comercial del Estado citada.

Ahora, como el acto administrativo que ordenó el archivo de la solicitud de legalización de la explotación de hecho ante la superposición de esa área con la de un título minero (licencia), señaló expresamente que contra él podía '*interponerse el recurso de Reposición (sic.) dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación*' (fol. 57, in fine, C-2), el cual fue evidentemente interpuesto y resuelto adversamente al impugnante mediante resolución No. 148 de 4 de diciembre de 1996 (fol. 7-10, C-1), lugar donde además se declaró '*agotada la vía gubernativa*', se desprende sin lugar a equívocos que por tal aspecto tampoco se desconoció ni amenazó derecho fundamental alguno del accionante, sencillamente porque el recurso de apelación era a todas luces improcedente.

... Así las cosas, debe analizarse si la no legalización de la explotación de hecho, el archivo de las diligencias y la orden de desalojo y cierre de la pequeña mina, conculcó o puso en entredicho las garantías supralegales del debido proceso y defensa.

.... En el trámite de la solicitud de legalización de hecho se estableció de manera incontrovertible que el área explotada por el señor GABRIEL ALFONSO VASQUEZ OJEDA se superponía a la contenida en un título minero expedido (licencia de explotación No. 14.194). Desde luego, en ese procedimiento puede presentarse la '*superposición de áreas entre solicitudes de explotadores mineros de hecho... y títulos mineros otorgados*' (artículo 7°. del decreto 2636 de 1994), o la superposición de la solicitud del explotador de hecho minero con el '*área de otra u otras solicitudes de título minero en trámite*' (artículo 1°. del decreto 1385 de 1995). En cualquiera de estos eventos, esto es, superposición de áreas entre 'solicitudes de título minero' o entre '*solicitud*' y '*título minero otorgado*', la ley faculta a la entidad para convocar a las partes a la celebración de una audiencia de '*conciliación*', fracasada la cual no

es al Ministerio de Minas o a la entidad delegada para el efecto a quien le corresponde resolver, sino que los interesados necesariamente deben acudir '*a la jurisdicción ordinaria en lo civil para dirimir el conflicto*' (art. 2°. ibídem).

En consecuencia, como a Ecocarbón Limitada no le competía dirimir el conflicto de intereses entre los titulares de un título minero y un explotador de hecho, la circunstancia de haber ordenado el archivo de las diligencias para que sea la justicia ordinaria quien lo dirima, no desborda en forma manifiesta el ordenamiento positivo vigente, de ahí que por tal aspecto la acción de tutela en modo alguno puede prosperar.

Finalmente, considera la Sala de Casación Civil-Agraria de la Corte que la decisión del cierre de los frentes de trabajo y el retiro de las maquinarias, equipos y demás, se adoptó sin observar el procedimiento legalmente establecido para dicho propósito. Al contrario, esa determinación se produjo simple y llanamente de plano, en un procedimiento originado por el propio accionante en tutela con una finalidad distinta, cual era obtener la legalización de su pequeña explotación de hecho, y no por el procedimiento establecido en el Código Minero para la perturbación minera, primero ante el alcalde municipal respectivo y luego ante la entidad estatal correspondiente, con citación y audiencia del supuesto perturbador o usurpador.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia.

En atención a lo dispuesto por los artículos 86 inc. 3, 241-9 de la C.P., en concordancia con los artículos 32, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta sala de la Corporación es competente para conocer de las sentencias que resolvieron la acción de tutela de la referencia en virtud de la selección que practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó de acuerdo con el reglamento de la Corte.

Segunda. La Materia.

Los terceros en la acción de tutela y el debido proceso.

En múltiples providencias judiciales[1], la Corte ha considerado que no es posible adelantar válidamente un proceso de tutela cuya finalidad esté dirigida a desconocer actos jurídicos, sentencias o providencias judiciales ejecutoriadas, o actos administrativos, sin la citación de quienes participaron en tales actos, o se encuentran en una situación jurídica concreta en virtud de ellos.

---

1 Auto No. 27 Junio 1/95, M.P.. Dr. José Gregorio Hernández Galindo,
Auto Feb. 7/96, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz,
Auto Oct. 3/96 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa,
Auto Abril 17/96 M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

En efecto en el auto No. 27 de 1995, la Sala Plena de esta Corporación consideró:

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

Estima la Sala que el fundamento del llamado que debe hacerse a los terceros con interés legítimo en el resultado del proceso de tutela, no es otro que el derecho al debido proceso aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas según el artículo 29 Superior, predicado del cual se deduce que también el procedimiento propio del mecanismo de defensa previsto en el artículo 86 de la C.P. se encuentra gobernado por sus reglas, en los términos de las normas constitucionales y legales y en particular las del Decreto 2591 de 1991.

Ha considerado también esta Corporación[2], que la intervención de los terceros, se orienta primordialmente, a lograr que, en virtud de su legítimo interés, ellos tengan la posibilidad de ejercer todas las garantías del debido proceso y sobre todo el derecho de defensa, merced al cual pueda allegar las pruebas que consideren pertinentes y controvertir las que se presenten en su contra; con lo cual los terceros defienden sus prerrogativas y títulos, dentro del procedimiento de tutela, en las oportunidades procesales pertinentes, brindadas por el juez, al entrar a resolver, con una adecuada evaluación de todos los argumentos, para ello resulta indispensable que estos se hayan aducido en las correspondientes etapas procesales; de ahí que la notificación de la demanda de tutela cobre especial relevancia como uno de los elementos esenciales del debido proceso, a falta del cual resulta imposible a las partes o a los terceros con interés legítimo hacer uso de las garantías procesales, por lo tanto, debe notificarse la solicitud de tutela a las partes y a los terceros, así como todas las providencias que se profieran durante su trámite, conforme a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991; de acuerdo con todas las formalidades del caso para que se cumpla su cometido procesal, que no es otro distinto que el de lograr la comparecencia y la vinculación efectiva de los notificados a las actuaciones, y de esta forma mantenerlos enterados acerca del curso del proceso permitiéndoles asumir su defensa.

En este orden de ideas, estima la sala que si no se ha procurado el acceso de los inte-

---

2 Auto sep. 7/93, y Sentencia T-043/96 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, Auto Jul. 24/96, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero,
Auto oct. 4/96 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

resados a la actuación procesal, para los fines de su defensa, se produce una evidente vulneración del debido proceso que genera la nulidad de lo que se haya adelantado sobre la base de ese proceder procesal, tal como lo establece el artículo 140 del C. de P.C. modificado por el decreto 2282 de 1989, artículo 1 num. 8, aplicable al procedimiento de tutela.

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

En el caso concreto, el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, no vinculó al proceso a los ciudadanos José Severo Pérez Estupiñan, José Juan María y Ricardo Gallo Hernández, residentes en el municipio de Sogamoso, según consta en el expediente (fol. 63) titulares y beneficiarios de la licencia No. 14.194 expedida por ECOCARBON LTDA., a quienes no se les dió oportunidad de participar, así sea de manera breve y sumaria, para aducir, solicitar, practicar y controvertir las pruebas que se allegaron o para interponer los recursos de ley, pese a ser personas identificadas en el expediente, a los cuales, de alguna manera, los afecta la sentencia de tutela, por tener demostrado un interés legítimo que les asiste como beneficiarios de un acto administrativo proferido por la empresa industrial y comercial del Estado referida anteriormente, a quienes el Tribunal, con su omisión procesal, vulneró el debido proceso; en vista de que les negó la oportunidad, se repite, de participar en dicha decisión que, a no dudarlo, les interesaba y les interesa, dejando de aplicar, sin razón alguna que lo justifique, el artículo 2 de la Carta Política de Colombia.

Ahora bien, estima la Sala que la omisión del a-quo, tal como lo ha dispuesto en reiterada jurisprudencia esta Corporación, constituye una irregularidad procedimental saneable dentro del trámite de la acción de tutela en revisión. Entonces, en la parte resolutiva de la presente providencia, por razones de economía procesal, la Sala tomará las medidas necesarias para que la nulidad a que se ha hecho referencia, tenga la oportunidad de sanearse, en la manera dispuesta por el artículo 145 del C. de P.C.

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

RESUELVE

Primero.- Poner en conocimiento de los ciudadanos José Severo Pérez Estupiñan, José Juan María y Ricardo Gallo Hernández, por intermedio de la Sala Civil-Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, la nulidad saneable derivada de no haberse notificado la iniciación de la presente acción de tutela, advirtiéndoles que si la alegan dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, se decla-

rará la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio y se tramitará nuevamente la tutela, con plena observación de las garantías propias del debido proceso, si no la alegan, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso.

Segundo.- Cumplida la actuación anterior, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

AUTO No. 034
septiembre 26 de 1997

DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Notificación de persona afectada con la decisión/**NULIDAD FALLO DE TUTELA**-
Inexistencia de notificación de persona afectada con la decisión

Referencia: Expediente T-131288

Acción de tutela instaurada por la sociedad "Construcciones Industriales Ltda. -COIN LTDA-" contra la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. INFORMACION PRELIMINAR

Los antecedentes del presente proceso se describen a continuación:

La sociedad "Construcciones Industriales Ltda. -COIN LTDA-", mediante apoderado judicial, instauró acción de tutela como mecanismo transitorio, contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, por estimar violados el debido proceso y el derecho de defensa.

Relató la parte demandante que el 14 de julio de 1993 la mencionada sociedad promovió una querella policiva de lanzamiento por ocupación de hecho del inmueble ubicado en la calle 141 A No.26-39 de esta ciudad, contra Maria Daisy Salazar de Gutiérrez y Luis Arturo Gutiérrez e indeterminados. Al final del proceso, el Consejo de Justicia de la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá ordenó la entrega del inmueble a "COIN LTDA".

La anterior resolución nunca llegó a hacerse efectiva, debido a que María Daisy Salazar de Gutiérrez promovió acción de tutela contra el Consejo de Justicia, habiendo obtenido el

amparo constitucional de manera transitoria, dispuesto por la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, la cual, mediante sentencia del 12 de abril de 1994, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO.- Revocar la providencia impugnada, proferida en el asunto de la referencia por el Juzgado Quince Civil de este Circuito.

SEGUNDO.- Otorgar, como mecanismo transitorio, la tutela del derecho al debido proceso de la señora María Daisy Salazar de Gutiérrez y, en consecuencia, ordenar al Consejo de Justicia Distrital que se abstenga de dar cumplimiento a su orden de desalojar a los querellados Luis Arturo Gutiérrez y María Daisy Salazar de Gutiérrez, hasta tanto la autoridad competente decida de fondo sobre el asunto.

TERCERO.- La señora María Daisy Salazar de Gutiérrez deberá iniciar las acciones pertinentes en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no las instaura, cesarán los efectos de esta providencia".

En cumplimiento de dicho fallo, el 27 de junio de 1994 María Daisy Salazar presentó demanda contra la sociedad "COIN LTDA", habiendo correspondido su conocimiento al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

Dentro del proceso civil, "COIN LTDA" pidió la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 40, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil.

El Juzgado Civil acogió la anterior solicitud, y dispuso lo siguiente:

"1. Declárase la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde el auto admisorio de la demanda, inclusive.

En consecuencia, se rechaza la demanda por falta de jurisdicción.

2. Ordénase la devolución de la demanda y sus anexos a la parte actora, sin necesidad de desglose y dejando las constancias del caso (...)".

La anterior providencia fue apelada, y en segunda instancia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, mediante auto del 31 de agosto de 1995, resolvió confirmarla.

El 26 de agosto "COIN LTDA" solicitó al Juzgado Quince Civil del Circuito de esta ciudad -despacho que había conocido en primera instancia el mencionado proceso de tutela- que declarara la cesación de los efectos del amparo constitucional transitorio que dispuso, en segunda instancia, la Sala Civil del Tribunal Superior, toda vez que María Daisy Salazar había incumplido el término de cuatro (4) meses para instaurar la acción pertinente.

El Juzgado Quince, mediante providencia del 29 de marzo de 1996, declaró la cesación

de los efectos de la protección constitucional, pues estimó que el término de caducidad de la orden de tutela transitoria no se había interrumpido, y que por lo tanto el plazo de cuatro (4) meses para instaurar la acción pertinente estaba vencido.

Apelada la anterior decisión, la Sala Civil del Tribunal Superior decidió revocarla, con base en las siguientes consideraciones:

"La elección de la adecuada vía de protección del derecho vulnerado corresponde al accionante y si bien es cierto que su equivocación en este aspecto haría desaparecer la tutela, en el específico caso que nos ocupa, la situación procesal surgida no puede imputarse a incumplimiento del accionante.

Si bien con las copias solicitadas en esta instancia, no se acompañó la del libelo introductor, fácil es deducir que el tópico tratado ofrece bastante dificultad, por lo que es imposible afirmar que haya incumplido la accionante con la carga procesal que se le impuso.

Súmase a la dificultad de la materia tratada, el que la misma fuera sometida a la invalidación de que fue objeto y en la que primó un criterio, mas no el único que se ha pronunciado al respecto.

En efecto, desde que empezó sus funciones el Consejo Superior de la Judicatura estableció, con base en el texto constitucional de 1991 un criterio de interpretación diferente, que ha sido observado uniformemente en las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación que deciden conflictos de competencia, según el cual la jurisdicción ordinaria es solamente una, compuesta de diversas ramas, la civil , la penal, la laboral, la de familia y la agraria.

Este criterio fue reproducido en la ley estatutaria vigente desde abril del presente año.

Con estos antecedentes constitucionales, legales y judiciales, la sana aspiración del accionante es de suponer que sería la no invalidación de su actuación, toda vez que la falta de competencia no es vicio insaneable y en caso de ser observado por el juez de conocimiento, conlleva como consecuencia la remisión de las actuaciones al competente.

Si así hubiera sucedido, como era previsible que fuera, no podría aducirse en ningún momento que había incumplido la señora María Daisy Salazar de Gutiérrez, oportunamente con la carga procesal impuesta y por tanto jamás podría solicitarse con base en una invalidación de la actuación, la cesación de los efectos de tutela.

Si así no ocurrió, es circunstancia que no puede atribuirse a la negligencia o incumplimiento de mandato judicial de la accionante en tutela, razón por la cual no puede desconocerse el amparo por ella obtenido.

De todas formas, y precisamente en acatamiento a los mandatos judiciales, ya instauró la señora María Daisy Salazar de Gutiérrez, la acción que consideró pertinente, ante la rama especializada que se le indicó por los jueces civiles.

(...)
A más de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el amparo constitucional contenido en el artículo 86 de la Constitución Nacional es de orden preferente, y para que cesen sus efectos, la violación del mandato legal de acudir al juez natural en el lapso de cuatro (4) meses, debe ser ostensible e indiscutible.

Las resultas procesales que no son definitorias de la situación fáctica que mereció amparo, sumadas a la oportuna y constante actividad procesal del titular, como en el caso que nos ocupa, no pueden ser suficientes para desconocer el amparo constitucional contenido en providencia judicial debidamente ejecutoriada"(folios 87 a 89).

La sociedad demandante alegó que la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá al haber cambiado la calificación de "falta de jurisdicción" a la "falta de competencia" -con las diferentes consecuencias jurídicas que ello implica-, incurrió en una vía de hecho. Afirmó además que en dicha providencia se modificó el término de caducidad establecido en el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991 al haberle ampliado el plazo a María Daisy Salazar de Gutiérrez "en consideración a que ésta ya había demandado ante la jurisdicción especializada de trabajo, sin consideración a la época en que inició -26 de febrero de 1996-, o sea 6 meses después de la sentencia que decretó la nulidad por falta de jurisdicción, y dos años y seis meses después de la sentencia de tutela".

Por lo anterior, la parte actora solicita que se amparen los derechos adquiridos por "COIN LTDA." contra la providencia de la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá -compuesta por los magistrados Nohora Elisa del Río, Inés Galvis Santofimio y Jorge Eduardo Herrera Vergara-, mediante la cual se revocó la decisión de primera instancia adoptada por el Juez Quince Civil del Circuito de la misma ciudad, respecto de la cesación de los efectos de la tutela concedida de manera transitoria.

Como consecuencia de lo anterior, pide además, que se disponga el cumplimiento de la orden de desalojo impartida por el Consejo de Justicia contra Luis Arturo Gutiérrez y María Daisy Salazar de Gutiérrez.

A continuación se resumen las decisiones judiciales, de primera y segunda instancia que se adoptaron durante el trámite del proceso de tutela:

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá negó el amparo, por cuanto estimó que la providencia atacada no constituía una vía de hecho. Afirmó que dicha decisión judicial era el fruto de una "razonada interpretación, obedeciendo entonces a la función propia que le ha otorgado la Constitución a todo juzgador, es decir, es el desarrollo del principio constitucional de la autonomía funcional de los jueces".

El anterior fallo fue impugnado y, en segunda instancia, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmarlo, toda vez que la providencia objeto de crítica "aparece motivada con fundamento en argumentos que no se evidencian como producto del capricho o de la simple discreción arbitraria de la autoridad que la profirió, de manera que pueda considerarse como una vía de hecho".

Agrega que "no puede pasar desapercibido que la sociedad Construcciones Coin Ltda., no obstante considerar que María Daisy Salazar de Gutiérrez no cumplió dentro del término que señala la ley con la obligación de iniciar las acciones pertinentes para efectos de evitar la caducidad del amparo constitucional a la segunda concedido, se abstuvo de reclamar ante la autoridad administrativa correspondiente la entrega del inmueble sobre el que recae la orden de desalojo proferida por el Consejo de Justicia (...), optando por hacer dicha solicitud en sede jurisdiccional, no obstante que es por ministerio de la ley y por ende sin necesidad de declaración judicial ninguna -artículo 8 del Decreto 2591 de 1991- que la eficacia obstativa de un amparo constitucional con carácter transitorio cesa cuando el beneficiario de una medida judicial de tal naturaleza, no ejerce el medio de defensa judicial de que dispone dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la providencia que concede el ameritado beneficio".

Se aclara que las actuaciones que se surtieron durante el trámite del presente proceso no fueron notificadas a la parte favorecida en la providencia contra la cual se dirigió la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Nulidad de las actuaciones procesales por falta de notificación a la persona directamente afectada por las decisiones adoptadas dentro del proceso de tutela

La Sala encuentra que en el presente caso, a pesar de que la acción de tutela se dirige únicamente contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá -por haber incurrido en una supuesta vía de hecho dentro de un anterior proceso de tutela-, debió haberse notificado a la parte favorecida con la decisión adoptada por dicho Tribunal, toda vez que la resolución del presente litigio tiene un efecto directo sobre los derechos reconocidos judicialmente a María Daisy Salazar de Gutiérrez.

Con el fin de preservar el derecho de defensa de la persona que se ve necesariamente afectada por la decisión que se adopte en el presente proceso de amparo constitucional, la Corte declarará la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá en el asunto de la referencia.

Al respecto, cabe reiterar los argumentos expuestos por esta Sala de Revisión, en caso semejante al que ahora se analiza:

"La acción de tutela y su trámite, si bien son informales de conformidad con la naturaleza que a aquélla le es característica y por razón de las finalidades que persigue, no escapa a la garantía del debido proceso, que, según el artículo 29 de la Constitución, habría de ser observado en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Ser oído en el proceso de tutela es derecho fundamental de rango constitucional que asiste no solamente a quien aparece como demandado, tanto si es un funcionario o entidad

estatal como si se trata de un particular, sino a quien, sin ser parte, puede resultar afectado por la decisión que se adopte como culminación del especialísimo trámite consagrado en el artículo 86 de la Constitución.

Es evidente que, incoada una acción de tutela con la pretensión de obtener que se haga efectiva la designación en un cargo de carrera por haber concursado y obtenido el primer lugar entre los aspirantes, si ella llegare a prosperar se tendría el efecto del desplazamiento del ya nombrado en la plaza respectiva. Si no ha sido notificado de la demanda de tutela ni ha tenido ocasión de ser oído -como ocurre en este caso-, resulta imperioso concluir en la nulidad de lo actuado por vulneración abierta del debido proceso" (Cfr. Auto 28, del 25 de agosto de 1997).

En este orden de ideas, se dispondrá la notificación, no sólo a la parte demandada, sino también a María Daisy Salazar de Gutiérrez. Lo anterior a fin de que aquélla pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses, tal como lo consagra el artículo 29 de la Carta Política.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- Declárase la NULIDAD de todo lo actuado a partir del fallo de primera instancia proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, el tres (3) de marzo del presente año.

Segundo.- ORDENASE al Tribunal reanudar el proceso. Este deberá notificar a la parte demandada y a María Daisy Salazar de Gutiérrez, la iniciación del proceso de tutela.

Tercero.- El Tribunal dispondrá también la notificación de esta providencia a la sociedad demandante, "Construcciones Industriales LTDA. -COIN LTDA-".

Cuarto.- Una vez surtida la primera instancia y, en su caso, la segunda, regrese el asunto al Despacho del Magistrado Sustanciador de la Revisión, para posterior examen de esta Sala.

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

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD SEPTIEMBRE 1997

SENTENCIA No. C-423
septiembre 4 de 1997

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterios para distribución de bienes

Para que la repartición de los bienes sea practicada de acuerdo con fundamentos objetivos, y no de acuerdo con caprichos o inclinaciones personales del funcionario responsable, se requiere de 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.Obviamente, la determinación de criterios que regulen el proceso de asignación de los recursos implica la incorporación de factores de distinción entre los postulantes a la adjudicación del bien, pero esta diferenciación es propia de todos los procesos de selección y no es en sí misma merecedora de un reproche constitucional, a no ser que los elementos que rijan el proceso de escogencia conlleven discriminaciones inaceptables.

TRATO PRIVILEGIADO-Distribución de bienes escasos

El otorgamiento de un trato privilegiado a un grupo determinado en punto a la distribución de un bien escaso consiste que en virtud de éste se asigna al grupo escogido el derecho a acceder al bien específico, sin tener que cumplir ningún requisito especial. Es decir, de acuerdo con esta posición, las existencias del bien tendrían que ser asignadas directamente a los miembros del grupo privilegiado, y solamente en el caso de que la cantidad de los recursos fuera superior al número de integrantes del mencionado grupo, se repartiría su residuo entre personas no comprendidas dentro del círculo de los beneficiarios preferenciales. El trato preferencial que, en el marco de un proceso de asignación de bienes escasos, se concede a un grupo de personas que se encuentran dentro de un conglomerado, parte de la base de que esos individuos cumplen los criterios básicos establecidos para poder acceder a ese servicio. Es decir, el tratamiento privilegiado puede tener lugar únicamente después de que la persona a la que se le reconoce un plus dentro del proceso reúne los requisitos mínimos necesarios para poder competir por la adjudicación del bien. Solamente una vez que se ha cumplido con esos requisitos puede entrar a operar el privilegio.

SISTEMA DE CUOTAS O CUPOS-Alcance/**DIFERENCIACION POSITIVA**

Aparece la necesidad de distinguir entre el trato preferencial y la asignación de cuotas o cupos en la distribución de un bien en favor de ciertos grupos sociales, propio de la llamada diferenciación positiva. En el sistema de cuotas, desde antes de proceder a la distribución de los recursos se ha señalado que se concede a un conjunto social dado, que se identifica de acuerdo con ciertas características o criterios, una porción mínima determinada de los bienes por distribuir. Ello significa que la competencia por la asignación de los medios que le corresponden a ese grupo se desarrolla únicamente entre los miembros de éste y que, por lo tanto, sus integrantes no tienen que emular con todos los demás aspirantes por la asignación de los bienes que han sido apartados del proceso de distribución general. Con todo, una vez han sido asignados todos los medios a ellos reservados, el integrante del grupo que no fue seleccionado y aún continúa aspirando a la adjudicación del bien habrá de entrar en competencia con todos los demás aspirantes, sin contar con un trato especial.

TRATO PRIVILEGIADO-Alcance

El sistema de prerrogativas o preferencias opera en el momento final de la distribución, mientras que el de las cuotas lo hace desde cuando se inicia el proceso para la repartición de los recursos. Pero, además, en el caso del trato preferencial no hay límites para su aplicación: todos aquéllos que reúnen las condiciones para ser objeto del trato preferencial pueden exigir que éste les sea brindado. Ello significa que la utilización del privilegio no está restringida a una cierta porción de los bienes por asignar, sino que puede llegar incluso a determinar el proceso de asignación de todos los recursos por distribuir en una oportunidad dada.

PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR -
Recompensa con subsidio estatal/**DERECHO A LA IGUALDAD-**
Trato preferencial a reservistas

La norma no tiene por objeto sancionar a los que no prestaron el servicio militar, sino recompensar a los que realizaron el acto efectivo de prestarlo, asumiendo los riesgos y limitaciones que ello acarrea. Además, la instauración de la prerrogativa no aparece como desproporcionada, puesto que no vulnera derechos de mayor entidad de los no beneficiados con la disposición. La norma acusada respeta los parámetros básicos de asignación trazados por los programas de reforma agraria y de vivienda social de carácter oficial, pero introduce un criterio adicional para la asignación de estos bienes escasos - que se aplica en los casos en que se presente igualdad de condiciones entre los solicitantes del subsidio estatal-, cual es el de tener la condición de reservista. El trato preferencial se otorga por haber ostentado la calidad de conscripto, sea cual fuere la fuerza en la que se prestó el servicio militar obligatorio. La exclusión de los reservistas de la Fuerza Aérea Colombiana del goce del beneficio constituye una vulneración del derecho de estos últimos a ser tratados en igualdad de condiciones que los demás.

OMISION LEGISLATIVA POR ERROR

Existe una incongruencia entre lo dispuesto en el encabezamiento y en el artículo único

de la ley, dado que, contrario a lo preceptuado por la disposición demandada, en el encabezamiento de la ley se expresa que el beneficio consignado en ella se concederá "a los reservistas del Ejército, Armada Nacional, fuerzas de policía y de la Fuerza Aérea Colombiana". Esta situación permite llegar a la conclusión de que la omisión de los reservistas de la Fuerza Aérea Colombiana en el artículo acusado obedece a un error y que la intención del legislador fue, desde un principio, la de extender el beneficio a todos los reservistas de la Fuerza Pública. Esta deducción también se apoya en el hecho de que durante el trámite del proyecto que se convirtió en la Ley 264 de 1996, se consideró siempre que ella constituía un complemento de los derechos, prerrogativas y estímulos consagrados en la Ley 48 de 1993, que abarcaban a todas las personas que habían prestado su servicio militar, sin ningún tipo de exclusión.

Referencia: Expediente D-1546

Actores: Alexandra Mazuera Vargas, Cristina Monzón Ortega y Juan Carlos Portilla.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 264 de 1996, "por medio de la cual se conceden algunos beneficios a los reservistas del Ejército, Armada Nacional, fuerzas de policía y de la Fuerza Aérea Colombiana".

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997). Aprobada por acta No. 41

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

S E N T E N C I A

En el proceso de constitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley 264 de 1996, "por medio de la cual se conceden algunos beneficios a los reservistas del Ejército, Armada Nacional, fuerzas de policía y de la Fuerza Aérea Colombiana".

I. ANTECEDENTES

1. El 24 de enero de 1996, el Congreso de la República expidió la Ley 264 de 1996, publicada en el Diario Oficial 42700 de 1996.

2. Los ciudadanos Alexandra Mazuera Vargas, Cristina Monzón Ortega y Juan Carlos Portilla demandaron la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley 264 de 1996, por considerarlo violatorio del preámbulo de la Constitución Política y de los artículos 2, 13 y 43.

3. El Ministerio de Defensa intervino, a través de su apoderado, para defender la constitucionalidad de la norma acusada.

4. El Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación, mediante concepto rendido el 5 de mayo de 1997, declarar la exequibilidad de la disposición acusada.

II. LOS TEXTOS ACUSADOS, LOS CARGOS ELEVADOS Y LAS INTERVENCIONES

LEY 264 DE 1996

Por medio de la cual se conceden algunos beneficios a los reservistas del Ejército, Armada Nacional, fuerzas de policía y de la Fuerza Aérea Colombiana.

"El Congreso de Colombia"

D E C R E T A:

"Artículo 1. Los colombianos que hubiesen prestado el servicio militar obligatorio, y que por tal razón ostenten el título de reservistas del Ejército, de la Armada, o de la Policía, tendrán prioridad en los programas de reforma agraria y en los que se refieren a vivienda de interés social que impulse el gobierno, dándole preferencia a los de la región y a los que acrediten su calidad de campesinos".

III. CARGOS E INTERVENCIONES

CARGOS DE LA DEMANDA

Consideran los demandantes que la norma acusada vulnera el preámbulo y los artículos 2, 13 y 43 de la Constitución Política. Con respecto a los principios del preámbulo manifiestan que la norma demandada genera un tratamiento diferencial entre la población campesina por tres razones, a saber: porque los llamados a prestar el servicio militar son exclusivamente los hombres; porque los mayores de 28 años no pueden cumplir con el mismo por los mecanismos ordinarios de enlistamiento; y porque las personas con limitaciones físicas (discapacitados físicos) tampoco pueden ingresar a las Fuerzas Militares. Sostienen que la Ley 264 de 1996 producirá efectos desestabilizadores y generará violencia en el sector campesino, en razón de que discrimina a los no reservistas y a las mujeres en punto al acceso a los programas de Reforma Agraria y Vivienda de Interés Social. Agregan que "el fin buscado por el Estado en los programas mencionados ha tenido y tiene por objeto benefi-

ciar a los campesinos en general, tanto reservistas como no reservistas, tanto hombres como mujeres por igual. La facultad discrecional del legislador y del gobierno no puede crear diferencias ni elementos limitativos al ejercicio del derecho de los campesinos de acceder a los programas que lo benefician".

Manifiestan que la norma acusada desconoce el fin esencial del Estado de proveer por la prosperidad general, pues ella tiende a beneficiar a un grupo reducido. El artículo demandado consagra un privilegio en favor de un grupo minoritario de campesinos y dispensa un trato inequitativo para las mujeres, los no campesinos, y los campesinos no reservistas.

Los actores aseveran que la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad, por las siguientes razones:

"1. Las características de ser campesino reservista de las FFAA no son relevantes para diferenciarlo de quienes no son reservistas o de las mujeres campesinas frente al acceso de las políticas de Reforma Agraria y de los Programas de Interés Social.

"2. Cumplir con los deberes que establece la Constitución y la Ley frente al servicio militar obligatorio no debe dar mayores prerrogativas de quienes por igual siguen cumpliendo la Constitución y las leyes, pero fuera de las FFAA y en medio de otras circunstancias en la mayoría de los casos menos favorables.

"3. Generar discriminación entre los campesinos con la clase de beneficios que incorpora la Ley 264 de 1996, no es el único camino para que a través del legislador o de la administración se generen incentivos para el cumplimiento de los deberes que la patria nos impone, existen otros medios alternos y menos perjudiciales".

Expresan, además, que la disposición acusada establece criterios diferenciadores sobre los cuales la doctrina ha considerado que se debe practicar un examen de igualdad muy riguroso, como ocurre con la condición de reservista y el género.

Por último, consideran que la norma viola el artículo 43 de la Constitución Política, que establece que la mujer y el hombre tendrán iguales derechos y que el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. Ello por cuanto el otorgamiento de prerrogativas a los reservistas de las Fuerza Armadas para acceder a los programas de reforma agraria y de vivienda de interés social constituye un obstáculo para que las mujeres puedan obtener los mencionados beneficios.

INTERVENCION DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL

El apoderado del Ministerio comienza su intervención con un recuento de las normas que regulan el servicio militar obligatorio y el servicio de reclutamiento y movilización, consagradas principalmente en la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 de 1993.

Seguidamente, se refiere a la reforma agraria y a la Ley 160 de 1994, "por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesinos". Manifiesta que

esta ley busca "darle un nuevo impulso al proceso reformatorio para facilitar, de manera más transparente y con mayor cobertura, el acceso a la propiedad de la tierra a los campesinos pobres que no la posean y a los minifundistas".

Señala el apoderado del Ministerio, que la Ley 160 de 1994 tiene como destinatarios de la reforma agraria:

"...a los campesinos que reuniendo determinados requisitos sociales y económicos pueden ser beneficiarios del subsidio y el crédito de tierras, a los de escasos recursos que carezcan de tierras propias, a los minifundistas, a los menores tenedores, a los desplazados del campo como consecuencia de la violencia, a los de la tercera edad que deseen trabajar en explotaciones agropecuarias y no fueren propietarios rurales, las mujeres campesinas jefes de hogar y las que se hallen en estado de desprotección económica y social por causa de la violencia, el abandono o la viudez. Estas últimas constituyen un orden de preferencia según la ley.

"Pero, además, mediante la Ley 264 de 1994 se incluye dentro del listado de los sujetos de la Reforma Agraria a los que ostenten el título de reservistas del Ejército, de la Armada o de la Policía, pero con prioridad sobre los demás. La ley le da preferencia a los que acreditan ser campesinos y pertenezcan a la región donde se adelanta el programa de Reforma Agraria".

El apoderado del Ministerio de Defensa estima que la norma acusada no vulnera la Constitución. La puesta en práctica del artículo atacado exige recurrir a otras normas del ordenamiento jurídico, tales como la Ley 48 de 1993 y la Ley 160 de 1994, que contienen las reglamentaciones específicas para el otorgamiento del beneficio ofrecido. De esta manera, la Ley 264 de 1996 "no concede un beneficio directo al reservista circunscrito pues este debe someterse a los requisitos y demás criterios de selección que traen las normas especiales sobre Reforma Agraria y Vivienda de Interés Social".

En consecuencia, considera que los argumentos expuestos acerca de la inconstitucionalidad de la norma "no obedece[n] a la realidad jurídica, pues se hizo un juicio sin conocer el alcance del contenido de la norma frente a otras disposiciones legales que le permiten la efectividad del derecho que la norma reconoce". Además, sostiene que las acusaciones de la demanda desconocen la realidad social, porque "aunque actualmente es el hombre el único que presta el servicio militar de manera obligatoria, la norma especial contempla la posibilidad si se requiere para que la mujer la haga. Pero la realidad es que la mujer ya está presente en todas los órdenes de la Fuerza Pública, inclusive como soldado regular y de manera voluntaria"(sic).

Finalmente, justifica el tratamiento especial que la ley otorga al campesino reservista así:

"Para la efectividad de los fines del Estado es justo que el campesino sea incentivado a quedarse en el campo con estas prerrogativas, después de someterse al riesgo excepcional, que representa estar sirviendo al Ejército Nacional, máxime que son a quienes se disponen por su habilidad a enfrentar los grupos armados que atentan con-

tra las instituciones de la Nación. Y es que se está en mora que sea el campesino el beneficiario directo en su medio natural de las políticas económicas y de bienestar del Estado".

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Para el Ministerio Público, la prestación del servicio militar obligatorio responde tanto al deber constitucional de las personas de respetar y apoyar las autoridades legítimamente constituidas (art. 95-3 C.P.) como a la obligación de todos los colombianos de tomar las armas para defender la independencia y la instituciones públicas (inciso 2 del art. 216 C.P.). Estos deberes se fundamentan, a su vez, en la obligación constitucional de obrar conforme al principio de solidaridad.

Resalta la Vista Fiscal que el mismo artículo 216, en su inciso tercero, faculta al legislador para determinar las prerrogativas derivadas de la prestación del servicio militar. Considera que estas prerrogativas se justifican por las cargas que la incorporación a la Fuerza Pública implican para quien lo presta. En este sentido señala que el servicio militar "comporta la restricción, entre otros, de las libertades y de algunos derechos, como los de reunión y asociación, el sufragio y la intervención en actividades políticas, además del constante riesgo de la vida y de la integridad corporal a la cual se encuentran sometidos los conscriptos, como consecuencia del peligro que comporta el desarrollo natural de las tareas inherentes al ejercicio de las armas. De otra parte, resulta considerar que el miembro de la fuerza pública debe soportar un régimen disciplinario de particular severidad".

Añade que el Legislador, en uso de esas facultades, promulgó la Ley 48 de 1993 -que trata sobre reclutamiento y movilización y dedica sus artículos 38 a 40 al tema de los derechos, prerrogativas y estímulos para los conscriptos -, y la Ley 264 de 1996, que concede algunos beneficios a los reservistas del Ejército, la Armada y la Policía. A continuación, el Procurador hace un recuento de los derechos y beneficios que el legislador otorga a quien presta el servicio militar obligatorio, así:

"Al momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, el conscripto llamado a su prestación, tiene derecho al reconocimiento por parte del estado de los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, el sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado. Durante al prestación del mismo, tiene derecho a atención médica, alojamiento, alimentación, vestuario, bienestar y a una bonificación mensual, a obtener también descuentos en la asistencia a espectáculos públicos y a la franquicia postal y telefónica.

"Al término de la prestación del servicio, tiene derecho a ser becado en las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la policía Nacional, siempre y cuando se haya distinguido por sus cualidades militares. De la misma manera, puede ingresar sin examen de admisión al SENA, a las Escuelas de Capacitación Agropecuaria e Industrial e instituciones similares, previa presentación de la Tarjeta de Reservista de primera clase. A estos últimos, las compañías de seguridad y otras, deben darles prioridad en el empleo.

"Los soldados regulares campesinos deben ser provistos de una dotación de vestido civil, y éstos gozarán adicionalmente de la creación de líneas especiales de crédito de fomento a largo plazo, con el objeto de propiciar su regreso a la actividad agropecuaria.

"Los bachilleres, por su parte, tienen derecho a que las universidades en las cuales hayan sido admitidos, les conserven el cupo respectivo hasta el semestre siguiente al del licenciamiento. Así mismo, se ha previsto que el ICETEX cree una línea especial de crédito para los soldados bachilleres que ingresen a las universidades".

Con base en lo anterior, el Procurador considera que "el otorgamiento de un sistema de preferencia a los reservistas, en relación con el acceso privilegiado a la vivienda de interés social y reforma agraria" establecida en la norma acusada está permitido por la Constitución y no "implica la exclusión de otras personas que puedan verse beneficiadas con estos programas, y no se establecen discriminaciones, violatorias del principio de igualdad, porque el precepto, que permite establecer estos beneficios, es también del mismo orden constitucional".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

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

El problema planteado

2. Se trata de establecer si la disposición que consagra que los reservistas del Ejército, de la Armada o de la Policía tendrán prioridad en los programas de reforma agraria y de vivienda de interés social que adelante el gobierno vulnera el principio de igualdad contemplado en el artículo 13 de la Constitución.

Los antecedentes de la norma demandada

3. En el marco del debate realizado en la Asamblea Nacional Constituyente alrededor del tema de la Fuerza Pública se destacó la necesidad de otorgarle un cierto trato preferencial a las personas que prestaren el servicio militar. Como consecuencia de esa discusión, en el artículo 216 de la Constitución se autoriza claramente a la ley para establecer algunos privilegios para las personas que han prestado el servicio militar. Al respecto dispone el inciso tercero que "la ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo".

4. Por medio de la Ley 48 de 1993 se reguló el servicio de reclutamiento y movilización de la Fuerza Pública. El título V de la ley - que comprende los artículos 38 a 40 - está destinado a establecer los derechos, prerrogativas y estímulos para las personas que son llama-

das a prestar el servicio militar, para las que se encuentran prestándolo y para las que ya lo han prestado:

"TITULO V

"DERECHOS, PRERROGATIVAS Y ESTIMULOS

"**Artículo 38. Al momento de ser incorporado**. El conscripto llamado al servicio tiene derecho a que el Estado le reconozca los pasajes y viáticos para su traslado al lugar de incorporación, su sostenimiento durante el viaje y el regreso a su domicilio una vez licenciado.

"**Artículo 39. Durante la prestación del servicio militar.** Todo colombiano que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio en los términos que establece la ley, tiene derecho:

a) Desde el día de su incorporación hasta la fecha del licenciamiento, tendrá derecho a ser atendido por cuenta del Estado, en todas sus necesidades básicas atinentes a salud, alojamiento, alimentación vestuario, bienestar y disfrutará de una bonificación mensual.

Al momento de su licenciamiento, se proveerá al soldado regular y campesino, de una dotación de vestido civil.

b) Previa presentación de su tarjeta de identidad militar vigente, disfrutará de espectáculos públicos, eventos deportivos y asistencia a parques de recreación, mediante un descuento del 50% de su valor total.

c) Al otorgamiento de un permiso anual con una subvención de transporte equivalente al 100% de un salario mínimo mensual vigente y devolución proporcional de la partida de alimentación.

Parágrafo. En caso de calamidad doméstica comprobada o catástrofe que haya podido afectar gravemente a su familia, se otorgará al soldado un permiso igual, con derecho a la subvención de transporte equivalente al ciento por ciento de un salario mínimo legal vigente.

d) Recibir capacitación orientada hacia la readaptación a la vida civil durante el último mes de su servicio militar.

e) Todo colombiano que se encuentre prestando servicio militar, previa presentación de su tarjeta de identidad militar vigente tendrá derecho no sólo a la franquicia postal, sino también a la franquicia telefónica en todo el territorio nacional.

f) La última bonificación será el equivalente a un salario mínimo mensual vigente.

Artículo 40. Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano

que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

a) En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley.

b) A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en centros de educación superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el Icfes o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El Icfes expedirá la respectiva certificación. [Este literal fue declarado inconstitucional mediante la sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria].

Parágrafo. Cuando el bachiller, haya sido admitido en la universidad pública o privada, éstas tendrán la obligación, en caso de prestar el servicio militar, de reservar el cupo respectivo hasta el semestre académico siguiente al licenciamiento.
c) Cuando termine estudios universitarios o tecnológicos en Colombia o en el exterior previa convalidación, será eximido de la prestación del 50% del tiempo de servicio social obligatorio de acuerdo con el respectivo programa académico para la refrendación del título profesional, con autorización del organismo competente.

d) Ingresar sin examen de admisión a las Escuelas de Capacitación Agropecuaria e Industrial, al Sena o a institutos similares previa presentación de la tarjeta de reservista de primera clase.

e) Cuando se haya distinguido por sus cualidades militares, podrá ser becado en las escuelas de formación de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

f) Las entidades o empresas oficiales, compañías de seguridad y vigilancia, Aduana Nacional y resguardos de rentas o similares, darán prioridad de empleo a los reservistas de primera clase, sin perjuicio de las normas especiales de ingreso que rijan en cada entidad.

g) Las becas y préstamos que otorguen las instituciones o entidades oficiales, para estudiantes que cursan estudios universitarios, se otorgarán con prelación a quienes hayan prestado el servicio militar.

Parágrafo 1° El Icetex creará una línea especial de crédito para los soldados bachilleres que ingresen a las universidades.

Parágrafo 2° El Gobierno Nacional creará una línea especial de crédito de fomento a largo plazo, con el objeto de propiciar el regreso a la actividad agropecuaria de los soldados campesinos en el fomento de formas de economía solidaria, tales como microempresas entre quienes prestaron el servicio militar.

h) Cuando un soldado, en cumplimiento de su deber, reciba lesiones permanentes que le impidan desempeñarse normalmente, el Estado tiene la obligación de darle una capacitación que elija hasta el grado profesional de instrucción. La obligación del Estado cesará cuando el beneficiario rechace el ofrecimiento o cuando se deduzca su desinterés por su bajo rendimiento.

Parágrafo. El Estado le pagará una asignación mensual equivalente a un salario mínimo mensual legal por el tiempo que dure desempleado. Esta obligación cesará cuando el estado lo incorpore laboralmente o cuando el ofrecimiento sea rechazado sin justa causa por el beneficiario.

5. Tanto en la exposición de motivos del proyecto que se convertiría en la Ley 48 de 1993, como en las ponencias presentadas en el marco del debate en el Congreso, se recalcó que los derechos y prerrogativas contemplados en el proyecto constituían un desarrollo de lo establecido en el artículo 116 de la Constitución y tenían por fin otorgar algunos alicientes a los colombianos que prestaran el servicio militar. El Ministro de Defensa de aquel entonces, Rafael Pardo Rueda, señaló al respecto en su exposición de motivos:

"Con toda consideración presenté al H. Congreso de la República el proyecto del ley 'Por medio del cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización' conforme al siguiente detalle:

"(....)

"15. De acuerdo con el mandato constitucional, se establecen derechos y prerrogativas durante la prestación del servicio militar obligatorio, para estimular a la juventud en relación con esta obligación ciudadana en defensa de la soberanía nacional y así, hacer más atractivo el servicio militar. Tales prerrogativas y estímulos se reconocen durante la prestación del servicio y después del mismo".

6. La Ley 264 de 1996 - objeto de este proceso de constitucionalidad - fue dictada para complementar los derechos y prerrogativas establecidos en la Ley 48 de 1993 en favor de las personas que prestaran o hubieran prestado el servicio militar. En la exposición de motivos del proyecto se manifestó:

"Recogiendo el espíritu de favorabilidad que trae la Ley 48 de 1993 para los colombianos que presten el Servicio Militar Obligatorio, considero de vital importancia dotar de instrumentos eficaces a estos compatriotas para que de manera efectiva puedan verse beneficiados con los programas de Reforma Agraria y con los planes de vivienda de interés social que el Gobierno Nacional ponga en marcha.

"La importancia de una ley de estas características la evidenciamos cuando nos damos cuenta de las difíciles situaciones que en muchos casos deben padecer los colombianos que noblemente le han prestado un servicio a la Patria, los altos índices de desempleo y el gran número de personas que carecen de las necesidades primarias en nuestro país, me impulsan a presentar esta iniciativa para colaborar al menos

con quienes de manera altiva hacen un sacrificio por el país.

"En Colombia con frecuencia se formulan planes por parte del Gobierno Nacional para quienes se reinsertan a la vida civil luego de haber permanecido por largos años al margen de la ley.

"Este es el caso de las políticas que permitieron el ingreso a la Institucionalidad de movimientos como el M.19, el P.R.T., el Quintín Lame y otros grupos que con una serie de medidas en favor de sus integrantes hicieron posible su resocialización.

"Cómo es posible entonces que no vayamos a beneficiar a quienes han mantenido vigentes las Instituciones y por sobre todo el Estado de Derecho en Colombia"[1].

Los términos de la exposición de motivos fueron asumidos en las ponencias que precedieron los debates dentro del Congreso. Así, en la ponencia para el primer debate surtido en el Senado se expresó:

"La Constitución Política de 1991 en su artículo 216 consagra la obligación de todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

"(...)

"(...) dentro de la gama de los derechos conferidos a los reservistas, no se establece el beneficio de incluirlos en los programas de reforma agraria y de vivienda de interés social que impulse el Gobierno Nacional lo cual genera un inmenso vacío en las prerrogativas sociales de estos compatriotas, que han prestado sus servicios en defensa de las instituciones patrias y de la soberanía nacional, sometiéndose a los peligros y rigores que implican la preservación del orden público de una Nación convulsionada por las más diversas formas de violencia, llegando muchas veces hasta entregar sus vidas en aras de la tranquilidad de sus conciudadanos.

"Somos conscientes de la importancia de este proyecto de ley cuando advertimos las penosas situaciones que en la mayoría de los casos deben soportar los colombianos que noblemente se sacrifican por prestarle un servicio a nuestra patria, razón por la cual es más que justo poder brindar a estos servidores unos beneficios que de alguna manera compensarán los beneficios prestados.

"Si en Colombia se han formulado planes por parte del Gobierno Nacional para quienes se reinsertan a la vida civil luego de haber permanecido por largos años al margen de la ley es apenas lógico que se beneficien también quienes sufren más de cerca, todos los tipos de violencia en que desafortunadamente se debate el país..."[2].

---

1 Gaceta del Congreso, año III, N° 258, p. 1, publicada el día 20 de diciembre de 1994.
2 Gaceta del Congreso, año IV, N° 164, pp. 3-4, publicada el día 16 de junio de 1995.

El objetivo de la norma acusada

7. La norma que es objeto del presente proceso de constitucionalidad establece un trato preferencial en los programas gubernamentales de adjudicación de tierras y de vivienda social para las personas que hayan prestado el servicio militar obligatorio, y puedan acreditarlo con sus tarjetas de reservistas.

De la exposición que realizan los demandantes se infiere que ellos estiman que el privilegio que concede la norma se refiere únicamente a los programas gubernamentales que tienen lugar en el campo. Sin embargo, del texto legal no se puede deducir esta limitación, razón por la cual debe entenderse que el trato preferencial que ella consagra está referido tanto a los programas de reforma agraria y de vivienda social que se realicen en áreas rurales como a los planes de vivienda social que se llevan a cabo en zonas urbanas.

El proyecto de ley presentado inicialmente no contenía las últimas frases del artículo aprobado, las cuales rezan: "dándole preferencia a los de la región y a los que acrediten su calidad de campesinos". Estas últimas frases, que fueron incorporadas durante el debate surtido en el Senado, introdujeron nuevas diferenciaciones entre los reservistas.

Los límites del legislador en la determinación de las prerrogativas: la sentencia C-022 de 1996

8. Si bien es claro que el artículo 216 de la Constitución Política faculta al Poder Legislativo para conferir privilegios a las personas que hayan prestado el servicio militar, esta autorización no implica que el Congreso no tenga límites en el ejercicio de esa potestad. Es así como esta Corporación, en su sentencia C-022 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), declaró la inconstitucionalidad del literal b) del artículo 40 de la ya mencionada Ley 48 de 1993, el cual señalaba que a los bachilleres que prestaran el servicio militar y aspiraran a estudiar en centros de educación superior se les aumentaría en un 10% el puntaje que hubieran obtenido en las pruebas de Estado.

En la mencionada sentencia se llegó a la conclusión de que el trato desigual establecido por el literal demandado entrañaba un sacrificio exagerado de los derechos de las personas que deseaban ingresar a la universidad, pero no habían prestado el servicio militar, tal como ocurría con las mujeres y con los varones que habían sido descartados por el sistema de sorteo o que estaban exentos del cumplimiento de ese deber. En consecuencia, la providencia determinó que la diferenciación establecida vulneraba el principio de proporcionalidad y con ello el derecho fundamental a la igualdad.

Condiciones para la aplicación del trato privilegiado

9. La aplicación del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución adquiere connotaciones especiales cuando, como en el caso colombiano, los recursos, bienes o medios a distribuir por parte del Estado son muy inferiores a la demanda social existente, es decir, cuando se trata de repartir bienes escasos. En estas situaciones, la afirmación de que todas las personas interesadas tienen derecho a que el Estado les asig-

ne un recurso o un bien, además de ser ilusoria, tendría efectos paralizadores sobre la actividad estatal, e incluso podría originar serios problemas de estabilidad política. Por eso se ha considerado que la exigencia que se deriva del principio de igualdad para estos estados de cosas se restringe a que todas las personas interesadas tengan iguales posibilidades de acceder al proceso de selección de los beneficiarios y puedan tener la certeza de que la distribución de los bienes se hará acatando los procedimientos establecidos.

Ahora bien, para que la repartición de los bienes sea practicada de acuerdo con fundamentos objetivos, y no de acuerdo con caprichos o inclinaciones personales del funcionario responsable, se requiere de 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.

Obviamente, la determinación de criterios que regulen el proceso de asignación de los recursos implica la incorporación de factores de distinción entre los postulantes a la adjudicación del bien, pero esta diferenciación es propia de todos los procesos de selección y no es en sí misma merecedora de un reproche constitucional, a no ser que los elementos que rijan el proceso de escogencia conlleven discriminaciones inaceptables.

Sobre este tema se pronunció la Corte en su sentencia T-499 de 1995:

"¿qué ocurre cuando las demandas de los interesados sobrepasan los recursos disponibles?. La aplicación de un test formal de igualdad llevaría a concluir que se está frente a un trato discriminatorio. En abstracto, podría decirse que la Constitución no ofrece ninguna base a partir de la cual se pudiese sustentar la no entrega de un subsidio a una persona que cumple con los requisitos para recibirlo y que se encuentra en la misma situación de carencia de otros que sí lo recibieron.

"21. En este tipo de casos, el test de razonabilidad es insuficiente, como quiera que se enfrenta a un hecho imposible de negar si no se quieren producir fallos que den la espalda a la más palpable realidad de un Estado como el colombiano: la no existencia de recursos suficientes para atender las necesidades de todos los colombianos que se encuentran en situación de pobreza absoluta.

"La escasez de recursos, a la que se enfrenta la implementación de políticas públicas de lucha contra la pobreza, implica que la efectividad del principio de igualdad no pueda consistir en garantizar, a quienes se encuentren en situación de recibir un subsidio, alguna especie de derecho público subjetivo a recibir recursos del Estado por el sólo hecho de poseer una serie de características que lo convierten en potencial beneficiario. El juez constitucional no puede propiciar la creación de falsas expectativas, ordenando la entrega de recursos que materialmente no existen. De hacerlo, atentaría contra la propia legitimidad del Estado y horadaría la credibilidad en las instituciones democráticas.

"22. La realización del principio de igualdad en la asignación de recursos escasos

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

10. Pero, ¿en qué consiste el otorgamiento de un trato privilegiado a un grupo determinado en punto a la distribución de un bien escaso? Una definición amplia del trato preferencial subrayaría que en virtud de éste se asigna al grupo escogido el derecho a acceder al bien específico, sin tener que cumplir ningún requisito especial. Es decir, de acuerdo con esta posición, las existencias del bien tendrían que ser asignadas directamente a los miembros del grupo privilegiado, y solamente en el caso de que la cantidad de los recursos fuera superior al número de integrantes del mencionado grupo, se repartiría su residuo entre personas no comprendidas dentro del círculo de los beneficiarios preferenciales.

Sin embargo, este entendimiento del trato preferencial ofrece problemas insalvables desde el punto de vista constitucional. La fórmula del Estado social de derecho impone al aparato estatal el deber de desarrollar actividades dirigidas a hacer efectivo el principio de igualdad. Pero el concepto de igualdad dentro de una sociedad compleja y heterogénea no puede partir de la base de que todos han de tener o recibir lo mismo, pues las condiciones, aptitudes e intereses de las personas son diferentes. De lo que se trata más bien es de aplicar el principio de igualdad en forma diferenciada de acuerdo con las características del bien por repartir, es decir de las necesidades que satisface, de las condiciones para usarlo apropiadamente, etc. Ello implica entonces que el análisis acerca de la vigencia del derecho de igualdad en las múltiples circunstancias posibles de distribución de bienes escasos habrá de tener siempre en cuenta las características del bien aludido en una situación dada. De allí se deduce también que el examen de igualdad sobre los procesos de distribución de esos bienes, no se aplica en relación con todas las personas, sino que se reduce al espectro de los aspirantes que reúnen los requisitos necesarios para poder aspirar a la adjudicación del recurso.

El planteamiento de que el trato preferencial aplicable a un conjunto determinado de personas en relación con la asignación de un bien consiste en distribuir directamente entre ese grupo los recursos disponibles, sin atender al cumplimiento de otros requisitos, no se

ajusta a lo expuesto. En efecto, este entendimiento desatiende por completo las condiciones personales de los miembros del grupo privilegiado. Solamente observa si la persona pertenece a dicho conjunto de personas, sin tomar en consideración si las características de este último tienen algo en común con las que deben reunir los que solicitan que se les asigne un específico bien escaso. Esta concepción vulneraría el principio de igualdad que debe preservarse en todo proceso de distribución de bienes escasos, pues sin tener en cuenta las condiciones que se deben cumplir para pertenecer a un círculo determinado de postulantes, se estaría otorgando a un circunscrito número de demandantes del mismo bien un derecho absoluto a su reparto sin reparar en ningún criterio material de adjudicación. Ello quebrantaría las reglas de distribución del bien y entrañaría un sacrificio desproporcionado para los otros aspirantes a la asignación del recurso, que tendrían que resignarse a observar que personas que no cumplen con los requisitos para poder aspirar a la adjudicación se vean favorecidas con ella.

11. Por consiguiente, el trato preferencial que, en el marco de un proceso de asignación de bienes escasos, se concede a un grupo de personas que se encuentran dentro de un conglomerado, parte de la base de que esos individuos cumplen los criterios básicos establecidos para poder acceder a ese servicio. Es decir, el tratamiento privilegiado puede tener lugar únicamente después de que la persona a la que se le reconoce un *plus* dentro del proceso reúne los requisitos mínimos necesarios para poder competir por la adjudicación del bien. Solamente una vez que se ha cumplido con esos requisitos puede entrar a operar el privilegio. Este se aplica entonces en las situaciones en las que diversas personas se encuentran en igualdad de condiciones dentro de la contienda por la obtención de un bien que no existe en las cantidades necesarias, de manera que solamente a algunas se les puede otorgar. En esos casos, la prerrogativa consagrada legalmente entra a jugar como criterio de decisión.

Lo anterior significa que la prerrogativa constituye un criterio de selección adicional que se añade a otros criterios iniciales. Los privilegios solamente entran a operar en una etapa posterior, una vez que los primeros criterios para poder aspirar al otorgamiento de un bien han sido satisfechos. En esta situación, cuando varios individuos reúnen los requisitos para aspirar a la adjudicación del recurso y se encuentran en igualdad de condiciones, el privilegio consagrado legalmente inclinará la balanza en favor de determinadas personas.

Precisamente la razón fundamental para la declaración de inconstitucionalidad del literal b) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993 radicó en que la prerrogativa allí consignada hacía caso omiso del criterio básico de adjudicación de los cupos en los centros de educación superior, que es el mérito académico. 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 obtienen las mejores calificaciones. Bajo ese supuesto, la bonificación del 10% sobre el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o del ICFES representaba el resquebrajamiento del criterio esencial de asignación de los cupos universitarios, puesto que a consecuencia de ella se excluirían de la distribución de los puestos, candidatos que habían obtenido buenos resultados en los exámenes, al tiempo que otros con puntajes inferiores a los de estos últimos serían admitidos.

La diferencia entre el trato preferencial y el sistema de cuotas o cupos

12. En este punto aparece la necesidad de distinguir entre el trato preferencial y la asignación de cuotas o cupos en la distribución de un bien en favor de ciertos grupos sociales, propio de la llamada diferenciación positiva. En el sistema de cuotas, desde antes de proceder a la distribución de los recursos se ha señalado que se concede a un conjunto social dado, que se identifica de acuerdo con ciertas características o criterios, una porción mínima determinada de los bienes por distribuir. Ello significa que la competencia por la asignación de los medios que le corresponden a ese grupo se desarrolla únicamente entre los miembros de éste y que, por lo tanto, sus integrantes no tienen que emular con todos los demás aspirantes por la asignación de los bienes que han sido apartados del proceso de distribución general. Con todo, una vez han sido asignados todos los medios a ellos reservados, el integrante del grupo que no fue seleccionado y aún continúa aspirando a la adjudicación del bien habrá de entrar en competencia con todos los demás aspirantes, sin contar con un trato especial.

El caso del tratamiento preferencial es diferente. Las personas que, de acuerdo con la ley, deben ser privilegiadas en la adjudicación de un bien entran a competir en igualdad de condiciones con todos los demás aspirantes a él. Y si en el momento en el que se debe proceder a la distribución del recurso se encuentra que luego de ser utilizados todos los criterios de selección aún es superior el número de postulantes que el de bienes por asignar, entra a operar el trato privilegiado en favor de aquéllos a los que se les ha concedido legalmente esa gracia. Es decir, el sistema de prerrogativas o preferencias opera en el momento final de la distribución, mientras que el de las cuotas lo hace desde cuando se inicia el proceso para la repartición de los recursos. Pero, además, en el caso del trato preferencial no hay límites para su aplicación: todos aquéllos que reúnen las condiciones para ser objeto del trato preferencial pueden exigir que éste les sea brindado. Ello significa que la utilización del privilegio no está restringida a una cierta porción de los bienes por asignar, sino que puede llegar incluso a determinar el proceso de asignación de todos los recursos por distribuir en una oportunidad dada.

Examen de la prerrogativa establecida en la norma demandada

13. El texto legal atacado expresa que los reservistas de la Fuerza Pública gozarán de preferencia en los programas gubernamentales de reforma agraria y vivienda social. De acuerdo con lo expresado anteriormente, ello significa que las personas que hayan prestado el servicio militar y cumplido los requisitos para poder ser beneficiarios de esos programas tendrán derecho, estando en igualdad de condiciones con los demás postulantes, a ser preferidos.

Lo anterior significa que el reservista que aspire a ser beneficiario de los planes gubernamentales de reforma agraria y vivienda social debe reunir los criterios básicos exigidos para poder acceder a esos programas. Pero, además de esos requisitos esenciales, los reservistas postulantes deberán cumplir también las otras condiciones que se expresen por parte de la entidad que desarrolla el plan y someterse al sistema de cali-

ficación de los solicitantes diseñado por la institución respectiva, siempre que éste último se haya establecido en forma general y no desvirtúe el carácter de la preferencia bajo examen.

14. En el marco del análisis constitucional de la norma acusada, cabe señalar que el trato preferencial que ella establece descansa en una autorización impartida en el artículo 216 de la Carta Política. Si bien esta autorización tiene sus límites, como ya se comentó, es importante resaltar que ella le ofrece al Legislador un mayor respaldo en el momento de introducir diferenciaciones con el objeto de brindarle un privilegio a los reservistas de la Fuerza Pública. Ciertamente, este hecho debe ser tenido en cuenta por la Corte: cuando las diferenciaciones introducidas por el Legislador responden a mandatos constitucionales, el examen de la Corte - en este caso el juicio de igualdad - debe partir de una presunción de constitucionalidad de la distinción. Esto significa que el juicio constitucional que practicará la Corte será estricto únicamente en situaciones especiales, tal como ocurre cuando para la diferenciación se utilizan criterios prohibidos explícitamente en la Constitución (art. 13) o cuando de ella surge claramente la vulneración de derechos fundamentales.

15. También es importante destacar que el artículo acusado no contiene elementos que desvirtúen el criterio de distribución de los bienes a que hace mención, es decir, los subsidios que se otorgan dentro de los programas de reforma agraria y de vivienda de interés social o la adjudicación de tierras que se practica dentro de los mismos planes de reforma agraria. En efecto, dado que en el texto legal demandado no se hace referencia a los factores de distribución se debe entender que se aplican los criterios generales.

16. El interrogante que despierta el análisis de la norma atacada es el de si el trato preferencial que ella estatuye vulnera el derecho de igualdad de las demás personas que compiten por la adjudicación de esos bienes. Concretamente cabe cuestionarse si la norma acusada discrimina a las personas que no prestaron el servicio militar por razones ajenas a su voluntad, bien sea por causa de su género, bien por sus limitaciones físicas, o ya sea porque no fueron llamadas a hacerlo.

La respuesta a esta pregunta debe partir de la base de que la prerrogativa creada por la norma impugnada constituye una contraprestación que ofrece el Estado por la carga especial que soportan los colombianos que prestan el servicio militar. Es decir, la norma busca anudar la prestación del servicio militar a la obtención de algunos beneficios, todo con el ánimo de hacer más atractiva la incorporación a filas y de compensar a los reservistas por el tiempo que permanecieron en servicio y por los sacrificios que ello apareja. No cabe duda de que la prerrogativa consagrada por la ley es adecuada para lograr el fin que se propone, puesto que efectivamente ofrece incentivos para la prestación del servicio militar. Igualmente, es indudable que el llamamiento a filas tiene diversas e importantes implicaciones sobre quienes lo reciben, puesto que los conscriptos tienen que interrumpir sus planes personales de vida por el término que dure el servicio. Además, durante el mismo deben someterse a un régimen disciplinario especial que comporta fuertes limitaciones a sus derechos fundamentales. Sobra agregar que de acuerdo con las difíciles condiciones de orden público del país, los miembros de la fuerza pública exponen su vida e integridad física a situaciones especiales de peligro.

Los demandantes estiman que el cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar no debería ser objeto de recompensa. Además, expresan que las personas que no lo han prestado también están cumpliendo con otros deberes constitucionales y que no habría razón para premiar el cumplimiento de algunas de las obligaciones ciudadanas, mientras que otras quedan sin retribución. Sin embargo, la discusión sobre este tema fue saldada por el Constituyente cuando decidió que la ley debería determinar cuáles prerrogativas se brindarían a los conscriptos.

También consideran los actores que el hecho de que una persona se encuentre dentro de la categoría de reservista no constituye un factor relevante de diferenciación. A esta objeción se responde en los mismos términos que a la anterior: el Constituyente decidió que así fuera y, por lo tanto, no cabe duda de que el carácter de reservista puede constituirse en un factor de distinción para la asignación de bienes escasos.

Las personas que no prestaron el servicio militar pueden ser afectadas eventualmente por el trato preferencial contemplado en la norma demandada a favor de los reservistas. Muchas de ellas podrían argumentar que no se vincularon a la Fuerza Pública porque sus condiciones personales se lo impedían, mas no porque no lo desearan, y que, por lo tanto, como la responsabilidad del hecho de que no se hubieran incorporado a filas no se podía atribuir a ellas, no respondería a la noción de justicia que ellos estuvieran en condiciones de desventaja con respecto a los conscriptos.

Con todo, esta objeción apunta en dirección equivocada. La norma no tiene por objeto sancionar a los que no prestaron el servicio militar, sino recompensar a los que realizaron el acto efectivo de prestarlo, asumiendo los riesgos y limitaciones que ello acarrea. Además, la instauración de la prerrogativa no aparece como desproporcionada, puesto que no vulnera derechos de mayor entidad de los no beneficiados con la disposición. En materia de asignación de recursos por parte del Estado no se puede hablar de un derecho subjetivo de las personas a que les sea adjudicado un bien específico. Todos los que solicitan la asignación del bien tienen el mismo carácter de aspirantes, sujetos a las pautas de distribución del recurso. La norma acusada respeta los parámetros básicos de asignación trazados por los programas de reforma agraria y de vivienda social de carácter oficial, pero introduce un criterio adicional para la asignación de estos bienes escasos - que se aplica en los casos en que se presente igualdad de condiciones entre los solicitantes del subsidio estatal-, cual es el de tener la condición de reservista. El nuevo criterio tiene un carácter legítimo, como se desprende de hecho de que la misma Constitución establece que la calidad de reservista aparejará prerrogativas. Así las cosas, no existe motivo para declarar la inconstitucionalidad de la disposición acusada.

17. Se podría argumentar, sin embargo, que la Constitución también exige un tratamiento especial para otros grupos sociales y que, por consiguiente, no es válido que a estos grupos no se los tenga en cuenta en materia de programas de reforma agraria y vivienda social. A manera de ejemplo, el artículo 13 de la Constitución expresa en su inciso tercero que "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta...". Igualmente,

el artículo 43 establece en su inciso segundo que "El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia". Con base en estos artículos de la Carta se podría reclamar un trato similar al que se brinda a los reservistas, en relación con las personas a las que ellos se refieren.

Empero, esta objeción parte de la premisa equivocada, según la cual a aquéllos a los que se debe prestar una atención especial por parte del Estado ha de otorgárseles un mismo trato preferencial frente a todas las situaciones. En principio es al Legislador al que le corresponde determinar cómo debe configurarse el trato especial que ha de conferirse a cada grupo, de acuerdo con la orden constitucional. Así, en el caso de los discapacitados, la Ley 361 de 1997 decidió hacer énfasis en prerrogativas relacionadas con la educación, la rehabilitación, la integración laboral, el bienestar social y la eliminación de barreras arquitectónicas para facilitar su desplazamiento. Por su parte, la Ley 82 de 1993, por medio de la cual se expidieron normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia, se orientó fundamentalmente a concederle privilegios en materia de educación para los hijos y de apoyo a su desempeño laboral. Con todo, en la Ley 160 de 1994, la nueva ley de reforma agraria, el Legislador decidió que la mujer cabeza de familia también sería objeto de tratamiento especial en materia de reforma agraria y por eso estableció, en el artículo 24, que dentro de los criterios de selección de los beneficiarios de estos programas se dará atención preferente a las mujeres campesinas jefes de hogar y a las que se encuentren en estado de desprotección social y económica por causa de la violencia, el abandono o la viudez, cuando carezcan de tierra propia o suficiente.

Es decir, la determinación acerca de cómo debe materializarse el trato especial que ordena la Constitución le atañe al Legislador, el cual puede modificar su posición, tal como ocurrió con el caso de las mujeres cabeza de familia en la ley de reforma agraria recientemente expedida.

18. Finalmente, como se comentó arriba, la norma acusada incluye una ulterior diferenciación. En efecto, el precepto expresa que entre los antiguos conscriptos que aspiran a la aceptación dentro de los programas habrá de preferirse a los de la región y, con relación a los planes de reforma agraria, a los que acrediten su calidad de campesinos. Las consideraciones expuestas en relación con la validez constitucional de la categoría de reservista como criterio adicional de adjudicación, son aplicables a este punto. La diferenciación entre los reservistas persigue optimizar la distribución de los bienes y contra ese objetivo no existe reproche constitucional alguno.

El grupo beneficiario de la preferencia bajo examen

19. La prerrogativa establecida en la norma demandada está destinada a los reservistas del Ejército, la Armada y la Policía Nacional. El artículo no hace mención alguna de los colombianos que cumplieron su servicio en la Fuerza Aérea Colombiana. Esta exclusión no tiene fundamento alguno. Las razones ofrecidas para justificar la existencia del privilegio en favor de los miembros de las otras armas se predican de igual manera de los reservistas de la Fuerza Aérea Colombiana. El trato preferencial se otorga por haber ostentado la calidad de conscripto, sea cual fuere la fuerza en la que se prestó el servicio militar obligatorio.

La exclusión de los reservistas de la Fuerza Aérea Colombiana del goce del beneficio constituye una vulneración del derecho de estos últimos a ser tratados en igualdad de condiciones que los demás. Por esta razón, la Corte declarará la inconstitucionalidad de la expresión "del Ejército, de la Armada o de la Policía Nacional", de manera tal que el privilegio contemplado en la norma beneficie a todos los que hayan prestado el servicio militar obligatorio y posean la calidad de reservistas.

Al respecto es importante resaltar que existe una incongruencia entre lo dispuesto en el encabezamiento y en el artículo único de la ley, dado que, contrario a lo preceptuado por la disposición demandada, en el encabezamiento de la ley se expresa que el beneficio consignado en ella se concederá "a los reservistas del Ejército, Armada Nacional, fuerzas de policía y de la Fuerza Aérea Colombiana". Esta situación permite llegar a la conclusión de que la omisión de los reservistas de la Fuerza Aérea Colombiana en el artículo acusado obedece a un error y que la intención del legislador fue, desde un principio, la de extender el beneficio a todos los reservistas de la Fuerza Pública. Esta deducción también se apoya en el hecho de que durante el trámite del proyecto que se convirtió en la Ley 264 de 1996, se consideró siempre que ella constituía un complemento de los derechos, prerrogativas y estímulos consagrados en la Ley 48 de 1993, que abarcaban a todas las personas que habían prestado su servicio militar, sin ningún tipo de exclusión.

VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, en los términos de esta sentencia, el artículo 1° de la Ley 264 de 1996, salvo la expresión "del Ejército, de la Armada o de la Policía", la cual se declara inconstitucional.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ , Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-424
septiembre 4 de 1997

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS EN COSAS MUEBLES O INMUEBLES -Inconstitucionalidad

No resulta razonable, la limitación impuesta por el numeral 6° del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. Aquí se presenta, realmente, un quebrantamiento del principio de la igualdad, en perjuicio, precisamente, de quienes han sufrido un daño más grave.Cabe agregar que la declaración de la inexequibilidad de la expresión "en cosas muebles o inmuebles", pone en un pie de igualdad a todos los que han sufrido daños, causados por accidente de tránsito, en sus bienes o en su integridad personal, y a los herederos de quienes han perecido en un accidente de éstos.

RESPONSABILIDAD CIVIL-Alcance de la expresión

Cuando se habla de responsabilidad civil originada en el incumplimiento de un contrato, no se tiene en cuenta si éste es un contrato de naturaleza civil, pues podría ser comercial. ***Responsabilidad civil*** *es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual.En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablará de responsabilidad civil contractual.*

Referencia: Expediente D-1576.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 690 (parcial) del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 1°., numeral 346 del decreto 2282 de 1989.

Actor: Ramiro Bejarano Guzmán

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, Distrito Capital, según consta en acta número cuarenta (40), a los cuatro (4) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I.- ANTECEDENTES.

El ciudadano Ramiro Bejarano Guzmán, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6°., 241, numeral 5°., y 242, numeral 1°., de la Constitución, demandó el artículo 690 (parcial) del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 1°, numeral 346 del decreto 2282 de 1989.

El seis (6) de marzo del presente año, el magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó la fijación en lista de la norma acusada, por el término diez (10) días. Igualmente, dio traslado por treinta (30) días al Procurador General de la Nación, para que rindiera su concepto y, ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, para que, si lo estimaba oportuno, conceptuara sobre la constitucionalidad de la norma sometida a control.

Cumplidos todos los requisitos, la Corte entra a decidir.

A.- NORMA ACUSADA.

La disposición considerada inexequible es la que, debidamente subrayada, se transcribe a continuación.

"DECRETO NUMERO 2289 DE 1989
"(Octubre 7)

"*por el cual se introducen unas modificaciones al Código de Procedimiento Civil.*

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

"DECRETA:

"Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

"(...)

"346. El artículo 690 quedará así:

"Medidas Cautelares en procesos ordinarios. En el proceso ordinario se aplicarán las reglas que a continuación se indican:

"6. En el auto admisorio de la demanda que verse sobre indemnización de perjuicios **causados en cosas muebles o inmuebles** por accidente de tránsito, si el

demandante presta caución que garantice el pago de los perjuicios que con la medida puedan causarse, el juez dispondrá el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño. Tal medida se regirá por las normas del presente artículo, y se levantará si el demandado presta caución suficiente, o cuando se ejecutoríe la sentencia absolutoria, o si el demandante no promueve la ejecución en el término señalado en el artículo 335, o si se extingue la obligación.

"...

"8. En los procesos ordinarios donde se solici e el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad **civil** contractu l o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y ésta fuere apelada o consultada, aquél podrá solicitar el emb rgo y secuestro de bienes de propiedad del demandado, para lo cual el juez conse vará competencia en lo relacionado con el decreto y práctica de tales medidas, y se procederá como se indica en el inciso segundo del artículo 356.

"Para decretar estas medidas, previamente se deberá prestar caución que garantice el pago de los perjuicios que con ellas se causen.

"..."

B.- LA DEMANDA.

Según el ciudadano demandante, los apartes de la disposición acusada violan el principio de la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política.

Según el actor, la frase acusada genera una desigualdad entre quienes instauran un proceso ordinario encaminado a obtener el resarcimiento de perjuicios causados como consecuencia de un accidente de tránsito, pues si los daños fueron causados en cosas muebles o inmuebles, se puede solicitar el embargo y secuestro del vehículo con que se ocasionaron, pero si fueron daños sobre la persona, estas medidas no son procedentes, es decir, no se da la misma *"protección y tratamiento"* a todas las personas que, siendo víctimas en un accidente de tránsito, acuden a esta vía procesal. Al respecto afirma:

"... siendo idénticas las pretensiones de resarcimiento de perjuicios provenientes de un accidente de tránsito, sea que el daño lo sufran los bienes o las personas, el tratamiento procesal en cuanto a las medidas cautelares no es el mismo, lo que a todas luces se estrella con lo previsto en el artículo 13 de la Constitución."

Afirma que dentro de un proceso penal el decreto y práctica de una medida cautelar está condicionado a que se profiera una medida de aseguramiento, y no a la admisión de la demanda como ocurre en el proceso civil. Por tanto, no se puede argumentar que la posibilidad de solicitar dentro del proceso penal medidas cautelares, justifica la distinción que hace la norma acusada.

Cualquier individuo que solicite el resarcimiento del daño causado por un accidente de tránsito, ya sea sobre los bienes o sobre las personas, tiene derecho a solicitar el embargo y secuestro del automotor con el que se ocasionó el daño, por lo que resulta necesario declarar la inexequibilidad de los apartes acusados.

Por su parte, la expresión *"civil"* que emplea el numeral 8° de la norma acusada, introduce un factor de desigualdad, porque restringe al ámbito de lo civil, la procedencia de la medida cautelar allí contemplada, dejando por fuera la posibilidad que ella pueda solicitarse cuando el asunto sea de carácter mercantil.

C.- INTERVENCIONES.

Dentro del término constitucional establecido para intervenir en defensa o impugnación de la norma parcialmente acusada, no se presentaron intervenciones.

D.- CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

Por medio del oficio número 1255, del 23 de abril de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, en el que pide declarar la exequibilidad de los apartes acusados del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

En concepto del Ministerio Público, los cargos de la demanda no muestran que exista contradicción alguna de las norma acusadas y la Constitución Política, sino la imprevisión del legislador que no contempló consecuencias jurídicas para determinadas hipótesis.

Contrario a lo que afirma el actor, los apartes acusados no consagran un tratamiento discriminatorio, porque el legislador ante un mismo supuesto fáctico ha señalado igual tratamiento e iguales derechos procesales, y el beneficio procesal derivado de las medidas cautelares de que trata la norma parcialmente acusada no se estableció en favor de ciertas personas, excluyendo a otras.

II.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Procede la Corte a dictar la decisión que corresponde a este proceso, 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 son parte de un decreto con fuerza de ley (numeral 5, artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Según el actor, el artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, al restringir la posibilidad de disponer el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño, a los casos en que éste se haya causado **en cosas muebles o inmuebles**, quebranta la igualdad, porque deja por fuera los casos en que el daño se causa a las personas.

De otra parte, acusa el demandante el numeral 8 del mismo artículo, porque, según él, también consagra una desigualdad, al establecer que el embargo y secuestro de bienes del demandado, sólo procederán "en los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad **civil** contractual y extracontractual". Según él, así se vulnera la igualdad en perjuicio de quienes reclaman el pago de daños y perjuicios provenientes de un asunto mercantil.

Se estudiarán, en consecuencia, los dos cargos, en su orden.

Tercera.- Cargo contra el numeral 6 del artículo 690.

Como se sabe, las personas perjudicadas por un delito, o sus herederos, pueden ejercer la acción civil para el resarcimiento del daño causado, en el proceso penal o separadamente en el proceso civil. En el primer caso, estamos en presencia de la institución de la parte civil; en el segundo, ante un proceso civil.

Es menester no perder de vista que entre los dos caminos existen relaciones, como las que se analizarán en seguida.

Está, en primer lugar, el hecho de que el perjudicado o sus herederos pueden elegir una de las dos vías señaladas, según su criterio. Lo que no les está permitido es el ejercicio de las dos acciones simultáneamente, sencillamente porque las dos se originan en los mismos hechos y tienden a conseguir el mismo fin.

En tanto que la constitución de parte civil puede intentarse en cualquier momento del proceso, a partir de la resolución de apertura de instrucción y antes que se profiera sentencia de segunda o única instancia, el término para el ejercicio de la acción civil ante la jurisdicción civil es de veinte años. Debe recordarse, además, que si la acción civil se ejerce dentro del proceso penal, el término de prescripción es el mismo de la acción penal correspondiente al respectivo delito.

Según el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, "La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa".

Cuando la sentencia que haya de dictarse en un proceso penal iniciado, influya necesariamente en la decisión de un proceso civil, éste se suspenderá, de conformidad con lo previsto en el procedimiento civil. Esta es la prejudicialidad **penal**, que puede darse generalmente cuando se ejerce la acción civil en proceso separado, independientemente de la acción penal.

La acción civil dentro del proceso penal no podrá intentarse cuando se demuestre que se ha promovido independientemente, o cuando esté demostrado el pago de los perjuicios o la reparación del daño.

En el proceso penal, cuando se dicte medida de aseguramiento, o con posterioridad, podrá decretarse el embargo y secuestro de bienes de propiedad del sindicado, en cuantía suficiente para garantizar el pago de los posibles perjuicios.

Según la norma demandada, en el auto admisorio de la demanda que versa sobre indemnización de perjuicios causados en cosas muebles o inmuebles por accidente de tránsito, si el demandante presta la caución prevista en la norma, el juez dispondrá el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño. Por el contrario, si los perjuicios se han causado a las personas, (la muerte o las lesiones personales), no hay lugar a tal medida preventiva dentro del proceso civil correspondiente. En esta diferencia de trato basa el actor su demanda. ¿Es ella razonable? Veamos.

En el caso de daños en cosas muebles o inmuebles, podría tratarse del delito de daño en cosa ajena. Pero como éste exige la demostración de un dolo específico, no es frecuente que se inicie un proceso penal cuando se trata de un accidente de tránsito. Por regla general, acontece lo contrario cuando el accidente de tránsito ocasiona el homicidio o las lesiones personales: se inicia un proceso penal.

La ley, pues, ha puesto a disposición de la persona que sufre un daño, o de sus herederos, dos caminos para buscar la indemnización de los perjuicios causados: ejercer la acción de responsabilidad civil dentro del proceso penal, constituyéndose parte civil, o ejercerla independientemente promoviendo el proceso correspondiente ante la jurisdicción civil.

Quienes, a causa de un accidente de tránsito, sufren un perjuicio en sus bienes muebles o inmuebles, están, en el fondo, en una situación semejante a la de quienes reciben daño en su persona, o a la de los herederos de la persona fallecida en el accidente. Unos y otros buscan la reparación del daño, búsqueda que implica una pretensión de contenido económico, aun tratándose del daño moral. No hay una diferencia esencial entre estas dos situaciones, que justifique un trato diferente.

La única diferencia, que no carece de importancia, es ésta: el daño causado en los bienes muebles o inmuebles, es de inferior gravedad que el que se causa a la vida o a la integridad personal.

No resulta razonable, en consecuencia, la limitación impuesta por el numeral 6° del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. Aquí se presenta, realmente, un quebrantamiento del principio de la igualdad, en perjuicio, precisamente, de quienes han sufrido un daño más grave.

Cabe agregar que la declaración de la inexequibilidad de la expresión "en cosas mue-

bles o inmuebles", pone en un pie de igualdad a todos los que han sufrido daños, causados por accidente de tránsito, en sus bienes o en su integridad personal, y a los herederos de quienes han perecido en un accidente de éstos.

La Corte, pues, declarará la inexequibilidad de la expresión "en cosas muebles o inmuebles", contenida en el numeral 6° del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, el numeral 6° quedará así:

> "En el auto admisorio de la demanda que verse sobre indemnización de perjuicios causados por accidente de tránsito, si el demandante presta caución que garantice el pago de los perjuicios que con la medida puedan causarse, el juez dispondrá el embargo y secuestro del vehículo con el cual se causó el daño. Tal media se regirá por las normas del presente artículo, y se levantará si el demandado presta caución suficiente, o cuando se ejecutoríe la sentencia absolutoria, o si el demandante no promueve la ejecución en el término señalado en el artículo 335, o si se extingue la obligación".

Cuarta.- Cargo contra el numeral 8 del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

No es menester acudir a complicados razonamientos, para desechar el cargo contra el numeral 8 del artículo 690, como se verá. Baste pensar que la expresión **civil** que califica la responsabilidad contractual y extracontractual es genérica. En efecto.

Se habla de **responsabilidad civil** para distinguirla de la responsabilidad penal. Henri y Léon Mazeaud y André Tunc, quienes se cuentan entre los autores que más han estudiado este tema, dividen la responsabilidad en moral y jurídica. La primera, extraña a la regulación del derecho. La segunda, dividida en penal y civil.

Finalmente, la responsabilidad se divide, a su vez, en contractual y extracontractual, según el supuesto perjuicio se origine en el incumplimiento de un contrato, o en un acto o hecho jurídico diferente, causante de un daño.

Pues bien: cuando se habla de responsabilidad civil originada en el incumplimiento de un contrato, no se tiene en cuenta si éste es un contrato de naturaleza civil, pues podría ser comercial. **Responsabilidad civil** es expresión genérica que comprende la contractual y la extracontractual.

En síntesis, lo mismo da si se trata de los perjuicios originados en un contrato de naturaleza civil o comercial: siempre se hablará de responsabilidad civil contractual.

Por lo expuesto, se desestimará el cargo.

III.- DECISION.

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

RESUELVE:

Primero.- Declárase INEXEQUIBLE la expresión "en bienes muebles o inmuebles", contenida en el numeral 6° del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

Segundo.- Declárase EXEQUIBLE la expresión "**civil**" contenida en el numeral 8 del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-425
septiembre 4 de 1997

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

RESPONSABILIDAD PENAL-Alcance

La responsabilidad penal, se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas al carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo. De la Constitución se desprende la adopción de un derecho penal que repara en lo que el sujeto hace y no en las cualidades del autor del hecho punible.

DETENCION PREVENTIVA-Medida cautelar

La detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones y exige que la medida se aplique "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un indicio grave de responsabilidad, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PRIVACION DE LA LIBERTAD-Alcance

Tratándose de la regulación de la libertad y en concreto del señalamiento de los casos en los que sea procedente su privación, el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia Constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad "que, al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental".

DETENCION PREVENTIVA-Límites constitucionales del legislador

El legislador se mantuvo dentro de los límites fijados por la Carta Política al disponer la detención preventiva en el caso de los tipos penales referentes a las lesiones personales culposas, así como al introducir una consideración especial relativa a la situación en que

se halla el sindicado al momento de incurrir en el hecho y a su comportamiento posterior, circunstancias que constituyen causales de agravación punitiva.

RESPONSABILIDAD DELICTUAL-Comportamiento externo del individuo

El presupuesto de la responsabilidad delictual y de la condigna imposición de una sanción, es el comportamiento externo de un individuo que pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.

Referencia: Expediente D-1580.

Acción pública de inconstitucionalidad en contra de los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, "por el cual se expiden las normas de procedimiento penal".

Actora: Marcela Adriana Rodriguez

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, la ciudadana Marcela Adriana Rodriguez solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad de los numerales 2°, 3° y 7° del artículo 397 del Decreto 2700 de 1991, "por el cual se dictan las normas de procedimiento penal".

Por auto del 3 de marzo de 1997, el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda y ordenó fijar en lista el negocio, correr el traslado del expediente al señor Procurador General de la Nación para efectos de recibir el concepto fiscal de su competencia y enviar las comunicaciones respectivas al señor Presidente de la República y al señor Ministro de Justicia y del Derecho.

Una vez cumplidos todos los trámites propios de esta clase de actuaciones, procede la Corte a decidir.

II. EL TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Se transcribe a continuación el artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, destacando los numerales acusados:

"DECRETO NUMERO 2700 DE 1991
(noviembre 30)

Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el literal a) del artículo transitorio 5, del capítulo 1 de las disposiciones transitorias de la Constitución Política de Colombia, previa consideración y no improbación por la Comisión Especial,

DECRETA:

"...

*"**ARTICULO 397. De la detención.** La detención preventiva procede en los siguientes casos:*

1. Para todos los delitos de competencia de los jueces regionales.

2. Cuando el delito que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años.

3. En los siguientes delitos:

-Cohecho propio (artículo 141);
-Cohecho impropio (artículo 142);
-Enriquecimiento ilícito (artículo 148);
-Prevaricato por acción (artículo 149);
-Receptación (artículo 177);
-Fuga de presos (artículo 178);
-Favorecimiento de la fuga (artículo 179);
-Fraude procesal (artículo 182);
-Incendio (artículo 189);
-Provocación de inundación o derrumbe (artículo 191);
-Siniestro o daño de nave (artículo 193);
-Pánico (artículo 194);
-Falsificación de moneda nacional o extranjera (artículo 207);
-Tráfico de moneda falsificada (artículo 208);
-Emisiones ilegales (artículo 209);
-Acaparamiento (artículo 229);
-Especulación (artículo 230);
-Pánico económico (artículo 232);
-Ilícita explotación comercial (artículo 233);
-Privación ilegal de libertad (artículo 272);
-Constreñimiento para delinquir (artículo 277);
-Fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar (artículo 278);
-Acceso carnal abusivo con menor de catorce años (artículo 303);
-Lesiones personales con deformidad (artículo 333);
-Lesiones personales con perturbación funcional (artículo 334); -Lesiones perso-

nales con perturbación síquica (artículo 335);
-Lesiones personales con pérdida anatómica (artículo 336);
-Hurto agravado (artículo 351);
-Los contemplados en el decreto 1730 de 1991.

4. Cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión.

5. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión.

6. Cuando el sindicado injustificadamente no otorgue la caución prendaria o juratoria dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto que la imponga o del que resuelva el recurso de reposición o cuando incumpla alguna de las obligaciones establecidas en el acta de caución, caso en el cual perderá también la caución prendaria que hubiere prestado.

7. ***En los casos de lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335 y 336 del Código Penal, cuando el sindicado en el momento de la realización del hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica demostrado por dictamen técnico o por un método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho".***

III. LA DEMANDA.

La actora considera que los numerales demandados quebrantan el artículo 250-1 de la Constitución Política, y expone el concepto de la violación de la siguiente manera:

"...La Constitución faculta a la Fiscalía para imponer medidas de aseguramiento con la finalidad de asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal. En otras palabras que el Fiscal debe hacer análisis de la personalidad del procesado para concluir si va a comparecer o no al proceso. En cambio los numerales demandados no parten del supuesto del agente, sino del comportamiento que se juzga.

"Si el legislador hubiese seguido al pie de la letra el ánimo del Constituyente, se podrían hacer estos juicios: en un comportamiento grave, el juzgador puede considerar que el procesado va a comparecer al proceso y en ese evento pues no impondría detención preventiva. En cambio en comportamientos leves, puede suponer que el procesado va a evadir a la justicia, y proceder la detención. En otros términos, el legislador no podía tener en cuenta circunstancias diferentes para la procedencia de las medidas de aseguramiento, especialmente en aquellos en los que procede la privación de la libertad, solamente cuando considere que el encausado va evadir la comparecencia al proceso, sin tener en cuenta ningún otro factor".

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

En memorial dirigido al Magistrado Sustanciador y dentro del término legal, el ciudadano ALVARO NAMEN VARGAS, actuando como apoderado del Ministro de Justicia y del Derecho, solicitó a esta Corporación declarar exequible la normatividad impugnada.

Advierte el interviniente, en primer lugar, que en la actualidad "se encuentra en trámite ante la Corte Constitucional, el proceso radicado bajo el número D-1527, en el cual se controvierte igualmente la constitucionalidad del artículo 397 del Decreto 2700 de 1990.

A continuación, señala el apoderado del señor ministro de Justicia y del Derecho que la demanda no está llamada a prosperar "en la medida en que no se presenta en el escrito un argumento sólido, concreto y desarrollado - al menos sucintamente - que ijntente demostrar la violación de la Constitución por la norma demandada.

Sostiene, además el interviniente que de prosperar la pretensión del libelista, se produciría un efecto contrario al que se pretende corregir, pues "de una parte, desaparecería casi en su totalidad la figura de la detención preventiva del ordenamiento jurídico penal", al quedar reducidas las causales a unas pocas y, de otro lado, "se conculiría que las decisiones judiciales respecto de la libertad de las personas están exclusivamente sujetas a la apreciación del funcionario judicial, rompiendo con el principio de legalidad establecido en el artículo 29 de la Constitución".

V. EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, se refiere en su concepto a la detención preventiva en cuanto medida temporal orientada a lograr la comparecencia de una persona, sindicada de cometer un delito, al proceso penal, así como a lograr la efectividad de la eventual sanción, haciendo énfasis en que a su adopción procede el funcionario del conocimiento mediante orden interlocutoria en la que se expresen los hechos investigados, su calificación jurídica, la pena correspondiente, los elementos probatorios sobre la existencia del hecho y la probable responsabilidad del sindicado, fuera de las razones por las cuales no se comparten los alegatos de los sujetos procesales encaminados a lograr la libertad provisional, siendo sustancial la presencia de un indicio grave de responsabilidad.

Puntualiza el Jefe del Ministerio Público que la detención preventiva "debe atender al criterio de proporcionalidad entre ella y la falta, es decir, el funcionario judicial debe observar un nexo no sólo de causalidad entre ambos factores, sino también de gradualidad en relación con el delito" y acto seguido se detiene en el examen de las causales acusadas, para concluir, finalmente. que la decisión del legislador es razonable, atendida la gravedad de los hechos y la importancia de los bienes jurídicos involucrados.

En relación con el numeral 7° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal, el señor procurador General de la Nación apunta que en las circunstancias allí previstas, "el legislador ha visto un factor agravante de la conducta" y, por último estima que "cuando la Constitución Política en el numeral 1° del artículo 250, autoriza a la Fiscalía General de la Nación para 'Asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de le ley penal, adoptando las medidas de aseguramiento', no limita el desarrollo de este precepto a la consideración subjetiva relacionada con la personalidad del sindicado, sino que además, autoriza al

legislador para establecer las hipótesis en que el funcionario judicial deberá ordenar la detención preventiva".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera. La Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, ya que las normas acusadas tienen fuerza de ley y fueron expedidas por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el literal a) del artículo 5 transitorio de la Carta, para las que el artículo transitorio 10 de la misma codificación superior estableció un régimen especial que atribuye a esta Corporación el conocimiento de los asuntos de constitucionalidad relacionados con ellas.

Segunda. La cosa juzgada constitucional

Mediante sentencia C-327, del 10 de julio de 1997, la Corte declaró exequibles los numerales 2° y 3° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal; por lo tanto, habiendo recaído sobre ellos el fenómeno de la cosa juzgada no es procedente un nuevo examen de constitucionalidad.

Tercera. La materia

En esta oportunidad el pronunciamiento de la Corporación se limita a la acusación formulada en contra del numeral 7° del artículo 397 del decreto 2700 de 1991, de conformidad con el cual podrá ordenarse la detención preventiva cuando se trate de las lesiones culposas previstas en los artículos 333, 334, 335 y 336 del Código Penal, siempre que el sindicado, al momento de incurrir en el hecho se encuentre en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia síquica o física, demostrado por dictamen técnico o por método paraclínico, o abandone sin justa causa el lugar de los acontecimientos.

Conviene tener en cuenta que los artículos 333, 334, 335 y 336 del Código Penal se refieren, en su orden, a la deformidad física, transitoria o permanente, a la perturbación funcional transitoria o permanente de un órgano o miembro, a la perturbación síquica transitoria o permanente y a la pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro.

El apoderado del ministro de Justicia y del Derecho considera que la demanda no está llamada a prosperar, "en la medida en que no se presenta en el escrito un argumento sólido, concreto, y desarrollado - al menos sucintamente - que intente demostrar la violación de la Constitución por la norma demandada".

La Corte no comparte la anterior apreciación, pues si bien es cierto que el concepto de la violación es presentado de una manera confusa por la actora, un análisis atento de la demanda permite establecer que la presunta vulneración de la Carta se hace consistir en que el artículo 250-1 de la Carta Política faculta a la Fiscalía General de la Nación para impo-

ner medidas de aseguramiento, orientadas a asegurar la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, postulado que, en criterio de la libelista, restringe las funciones del legislador al señalamiento de causales de detención que atendiendo, en forma exclusiva, a la personalidad del sindicado, conduzcan a determinar, con independencia del carácter grave o leve del comportamiento, si éste va a comparecer o no al proceso, sin que sea válido recurrir a patrones objetivos como los plasmados en la preceptiva acusada.

1. La responsabilidad penal, la detención preventiva y la personalidad del sindicado

En primer lugar, corresponde a la Corporación desentrañar si de la norma superior que se dice vulnerada, o de cualquiera otra de la Carta Política, se deduce que el único criterio constitucionalmente atendible al momento de señalar las causales de detención preventiva es el de la personalidad del sindicado.

Al respecto, es oportuno recordar que la detención preventiva es una medida de aseguramiento que, dada su naturaleza cautelar, se endereza a asegurar a las personas acusadas de un delito para evitar su fuga y garantizar así los fines de la instrucción y el cumplimiento de la pena que, mediante sentencia, llegare a imponerse, una vez desvirtuada la presunción de inocencia y establecida la responsabilidad penal del sindicado.

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, la mencionada responsabilidad supone que luego de adelantarse una actuación, ante el juez competente y con el cumplimiento de todas las garantías propias del debido proceso, a la persona se le ha encontrado culpable de la comisión de alguna de las conductas previamente elevadas por el legislador a la categoría de delitos.

Así las cosas, va quedando en claro que el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la consiguiente imposición de una pena, es la conducta externa de un sujeto que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.

La responsabilidad penal, entonces, se finca en el acto que el hombre realiza con voluntad y no en consideraciones genéricas relativas a tal carácter, a la manera de ser o al temperamento de un individuo, criterios estos que sirven de sustento a concepciones peligrosistas perfectamente superadas, de conformidad con las cuales quien presente determinadas características o ciertos rasgos de personalidad podría estar predispuesto a delinquir.

En suma, de la Constitución se desprende la adopción de un derecho penal que repara en lo que el sujeto hace y no en las cualidades del autor del hecho punible; por ello, como lo ha destacado la Corte, el artículo 29 superior estatuye que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes **al acto que se le imputa**".

Es sabido que la detención preventiva es una medida cautelar que no se confunde con la pena y que tampoco comporta una definición acerca de la responsabilidad penal del sindicado; sin embargo, conviene no perder de vista que por virtud de la afectación del derecho a la libertad que ella comporta, su adopción se halla rodeada de las mayores precauciones

y, precisamente, el artículo 388 del Código de Procedimiento Penal exige que la medida se aplique "cuando contra el sindicado resultare por lo menos un **indicio grave de responsabilidad**, con base en las pruebas legalmente producidas en el proceso".

El fundamento del indicio es un dato fáctico que al ser relacionado con un hecho que se quiere conocer, merced a una operación lógica y racional, arroja como resultado una probabilidad y no la simple posibilidad, acerca del delito o de la responsabilidad del sindicado que, aún cuando sea probable, se edifica sobre el acto que se imputa, sin que resulte relevante o indispensable un juicio atinente a la personalidad del sindicado.

No sería acertado afirmar, entonces, que mientras la responsabilidad que da origen a la imposición de una pena ha de tener por soporte la conducta realizada voluntariamente por el agente, la probabilidad de que esa responsabilidad corresponda a la persona investigada, necesaria para la aplicación de las medidas de seguridad, admite como fundamento la apreciación de la personalidad del sindicado con prescindencia del acto realizado y de la culpabilidad, pues aceptarlo así resultaría contrario a la preceptiva constitucional y en particular al artículo 29 superior.

En síntesis, ni de la norma invocada por la demandante ni de ninguna otra se desprende que la personalidad del sujeto acusado de cometer un delito sea un criterio decisivo, ineludible y exclusivo para el legislador al fijar las causales de detención preventiva; mas bien la conclusión es la contraria, pues como recientemente lo puso de presente la Corte, "el Constituyente optó por un derecho penal del acto en oposición a un derecho penal del autor".[1]

2. Las consecuencias que se derivarían de tener la personalidad del sindicado como criterio para decidir acerca de la detención preventiva

Al apreciar la cuestión desde la anterior perspectiva, aparecen, con total nitidez, las lamentables consecuencias que se seguirían de erigir la personalidad del sindicado en pauta para resolver si se opta o no por la detención preventiva.

En efecto, la demandante, siguiendo el hilo de su razonamiento, estima que si del simple análisis de la personalidad se deduce que el procesado va a comparecer, no habría razón para decretar la detención preventiva, pese a la gravedad del delito imputado, en tanto que, si con base en idéntico análisis llega a suponerse que evadirá la acción de la justicia, entonces procedería la medida de aseguramiento, aún tratándose de "comportamientos leves".

Lo que a primera vista se descubre en la interpretación plasmada por la actora en su libelo es la absoluta falta de proporción y de razonabilidad de la afectación de la libertad personal que se produjera conforme a los supuestos por ella defendidos, pues para que la medida que restringe un derecho tan importante resulte adecuada, por lo menos ha de tener como referente el acto que se le imputa a la persona investigada.

---

1 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-239 de 1997. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Fuera de lo anterior, la aplicación del criterio de la personalidad del sindicado en los términos esbozados en el libelo demandatorio, haría de la detención preventiva la única medida aplicable para toda clase de delitos o, en el mejor de los casos, desvirtuaría las hipótesis de procedencia de las restantes medidas de seguridad, introduciendo una inconveniente incertidumbre en una materia tan delicada.

Téngase en cuenta, además, que en un Estado Social de Derecho la detención preventiva es una medida excepcional pues recae sobre personas aún no condenadas y, ante todo, porque siendo la libertad la regla general, lo lógico sería que no se privara de ella al sindicado antes de que se decidiera en forma definitiva sobre su responsabilidad.

Por razón del aludido carácter excepcional la definición de los casos en que resulte procedente la detención preventiva ha de ser precisa y a ello no contribuyen los planteamientos vertidos en la demanda, por cuanto la personalidad del sindicado es una fórmula insegura, aleatoria, imprecisa y, por ende, destructora de la certeza que ha de acompañar a toda persona y más a quien sea investigado, acerca de los casos en que su libertad pueda verse limitada.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la imposición de un criterio único limitaría la independencia del juez o propiciaría su actuación arbitraria, ya que el margen de apreciación que, en condiciones normales y en virtud de las características de cada caso, corresponde a los jueces cuando se trata de decidir si afectan o no la libertad del sindicado, podría verse desbordado con creces, si en la etapa de la investigación estuviesen abocados a estimar la personalidad del delincuente, estudio que, dicho sea de paso, requiere de conocimientos especializados, en ausencia de los cuales se correría el riesgo de que el juez, al detenerse en cada asunto, involucrara valores propios de su particular concepción de la vida, con menoscabo de preciosas garantías jurídicas.

3. La libertad de configuración legislativa, el establecimiento de los casos en los que cabe la detención preventiva y algunos criterios observados por el legislador al definirlos.

Pero la limitación no sólo se impondría al juez sino también al legislador. En efecto, en desarrollo de su tesis, afirma la actora que la personalidad del sindicado es el único criterio con fundamento constitucional y que "el legislador no podía tener en cuenta circunstancias diferentes" y, es lo cierto que en caso de prohijar ese argumento, la función que el Constituyente confió al legislador, encargándolo de definir los motivos que pueden conducir a la detención de una persona, quedaría reducida a su mínima expresión o sencillamente anulada, con evidente quebranto del principio de legalidad.

En reiteradas oportunidades la Corte ha hecho énfasis en que tratándose de la libertad personal, la Constitución Política establece una estricta reserva de ley, siendo entonces el legislador el llamado a establecer los casos y a fijar las condiciones que tornen viable la privación de la libertad, tarea que redunda en beneficio del derecho en la medida en los asociados cuentan con la definición de los eventos en resulta posible afectarlo. En este sentido

la Corporación ha puntualizado que "las normas legales que fijan y precisan los supuestos en los que a una persona se le puede privar de la libertad, constituyen garantía del derecho que de esa forma desarrollan".[2]

Ahora bien, en ejercicio de las competencias que le atañen tratándose de la regulación de la libertad y en concreto del señalamiento de los casos en los que sea procedente su privación, el legislador se encuentra asistido por la denominada libertad de configuración que se extiende hasta encontrar sus fronteras en la propia Constitución y en los criterios de razonabilidad y proporcionalidad "que, al obrar como límites, le imprimen a los supuestos de privación de la libertad la naturaleza excepcional que deben tener, erigiéndose, entonces, en garantías de ese derecho fundamental".[3]

Al definir los causales de detención preventiva el legislador, actuando bajo el marco de la Carta y en atención a la política criminal que adopte, utiliza los criterios que estima adecuados al logro de las finalidades de esa específica medida de aseguramiento.

Así, por ejemplo, de acuerdo con lo expuesto y en contra de lo que cree la actora, es evidente que nada se opone a que el legislador considere las clases de delitos, distinguiendo entre las situaciones delictivas en las que cabe un trato más rígido y otras en las que pueda dispensarse un tratamiento más benigno. Con acierto ha indicado la Corte que la regulación de la detención preventiva obedece "al natural ejercicio de las competencias legislativas en materia de procedimiento penal, en el que está involucrado el conjunto de reflexiones jurídicas y de política criminal, **que toma en cuenta las especiales modalidades delictivas...**".[4]

En este orden de ideas, la importancia del criterio de la gravedad del delito para el señalamiento de las causales de detención preventiva se torna patente cuando se percibe que una de las finalidades de esta medida de aseguramiento es evitar la fuga y que el riesgo de evasión es mayor frente a hechos punibles sancionados con cierta severidad. Sobre el particular, esta Corporación sostuvo que "al señalar en el cuestionado numeral 2° (del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal) que la detención preventiva procede 'cuando el delitos que se atribuya al imputado tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos años', el legislador se atuvo a **un criterio de carácter objetivo** que, ante todo, atiende a la gravedad del hecho establecida a partir del monto de la pena...".[5]

Tampoco ha encontrado la Corte vulneración de los preceptos superiores por la utilización del criterio de la relevancia del bien jurídico protegido, con independencia de la sanción prevista, como surge del numeral 3° del artículo 397 del decreto 2700 de 1991 que fue hallado exequible, "porque las conductas allí referidas atentan contra bienes jurídicos que se juzgan de importancia para el logro de la convivencia".[6]

---

1 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-239 de 1997. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
2 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-327 de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
3 Ibídem
4 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-150 de 1993. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
5 Cf. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C.327 de 1997. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
6 Ibídem.

4. El numeral 7° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Así pues, la mención que hace el legislador en el artículo 397-7 del Código de Procedimiento Penal de los delitos contemplados en los artículos 333, 334, 335 y 336 del Código Penal para indicar que en esos eventos procede la detención preventiva, siempre que habiendo sido cometidos con culpa, el sindicado se halle en estado de embriaguez aguda o bajo el influjo de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, o abandone sin justa causa el lugar de la comisión del hecho, se inscribe dentro del ejercicio corriente de las facultades que competen al legislador en la regulación del derecho fundamental de la libertad.

Para la Corte, el legislador se mantuvo dentro de los límites fijados por la Carta Política al disponer la detención preventiva en el caso de los tipos penales referentes a las lesiones personales culposas, así como al introducir una consideración especial relativa a la situación en que se halla el sindicado al momento de incurrir en el hecho y a su comportamiento posterior, circunstancias que, por lo demás, al tenor de lo dispuesto por los artículos 341 y 330 del Código Penal, en estas modalidades delictivas, constituyen causales de agravación punitiva.

Debe aclararse que ni el incremento punitivo ni la causal de detención preventiva tienen fundamento en el propósito de formular un reproche a la persona por el hecho mismo de la ingestión de bebidas alcohólicas o de sustancias estupefacientes, sino que reparan en la falta de previsión de quienes, por las alteraciones que se producen en su organismo, están llamados a observar una conducta más cuidadosa, cuya desatención constituye una violación al riesgo permitido, que justifica la detención preventiva, pues tales circunstancias de una parte, agravan objetivamente el hecho y, de otra parte, incrementan la punibilidad, factor este último que acrecienta las posibilidades de fuga del imputado.

Ahora bien, el presupuesto de la responsabilidad delictual y de la condigna imposición de una sanción, es el comportamiento externo de un individuo que pudiendo obrar de otro modo y poseyendo actitud psicofísica para comprender el hecho, voluntariamente incurre en el comportamiento merecedor de reproche punitivo.

De otro lado, estima la Corte que de acuerdo con lo señalado en la sentencia C-221 de 1994, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz, en 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, ya que a una persona no puede castigársele por lo que posiblemente hará, si no por lo que efectivamente hace.

Por último, es de mérito anotar que la disposición acusada contiene pautas que han de guiar a los jueces en la delicada tarea de resolver sobre la aplicación de la detención preventiva, medida que no ha de adoptarse automáticamente, ya que a ello se opone la exigencia de demostración previa de las condiciones en que se hallaba el sujeto al momento de realizar el hecho punible, para lo cual se precisa del dictamen técnico o de los métodos paraclínicos y, además, en la hipótesis del abandono del lugar de los hechos, de acuerdo con la

norma demandada, para que opere la detención preventiva se requiere que la huida se produzca "sin justa causa"; condicionamientos estos que contribuyen a perfilar el carácter razonable y proporcional de la causal contemplada en el artículo 397-7 del Decreto 2700 de 1991, cuya constitucionalidad se declarará.

VII. DECISION

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. ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia No. C-327 de 1997, en relación con los numerales 2° y 3° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el numeral 7° del artículo 397 del Código de Procedimiento Penal.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-426
septiembre 4 de 1997

BUENA FE PROCESAL

Sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad? La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad.

PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION-Alcance

El artículo 33 de la Constitución sólo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía.

Referencia: Expediente D-1584.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, modificado parcialmente por el decreto 2282 de 1989).

Actor: Humberto Artunduaga Vargas.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cuarenta (40), a los cuatro (4) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Humberto Artunduaga Vargas, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6°., y 241, numeral 5°., de la Constitución Política, demandó la constitucionalidad de los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.

Por auto del diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), el Magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó fijar en lista las normas acusadas. Así mismo, dispuso dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, y comunicó la iniciación del asunto al señor Presidente de la República, con el objeto de que, si lo estimaba oportuno, conceptuara sobre la constitucionalidad de la normas demandadas.

A. Normas acusadas.

El siguiente es el texto de las normas acusadas como inconstitucionales.

"DECRETO NUMERO 1400 DE 1970
(Agosto 6)

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

"El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 4° de 1969 y consultada la Comisión Asesora que ella estableció,

"DECRETA:

"CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

"TITULO XII

"CAPITULO II

"ARTICULO 202. **Interrogatorio y careos de las partes por decreto oficioso.** El juez o magistrado podrá citar a las partes, en las oportunidades que se indican en el artículo 180, para que concurran personalmente a absolver bajo juramento, el interrogatorio que estime procedente formular en relación con hechos que interesen al proceso.

"La citación se hará en la forma establecida en el artículo 205; la renuencia a concurrir, el negarse a responder y la respuesta evasiva, serán apreciados por el juez como indicios en contra del renuente.

"Podrán también decretarse de oficio en las mismas oportunidades, careos de las partes entre sí."

"DECRETO NUMERO 2282 DE 1989
(Octubre 7)
"Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil

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

"ARTICULO 1°. Introdúcense las siguientes reformas al Código de Procedimiento Civil:

"TITULO XII

"CAPITULO V

"96. El artículo 203, quedará así:
"Interrogatorio a instancia de parte. Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso. En la segunda instancia el interrogatorio sólo podrá pedirse en los casos señalados en el artículo 361.

"Cuando una persona jurídica tenga varios representantes o mandatarios generales podrá citarse a todos para el interrogatorio, y cualquiera de ellos deberá concurrir a absolverlo, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

"Cuando se trate de incidentes y de diligencias de entrega o secuestro de bienes, podrá decretarse de oficio o a solicitud del interesado el interrogatorio de las partes y de los opositores que se encuentren presentes, en relación con los hechos objeto del incidente o de la diligencia, aun cuando hayan absuelto otro en el proceso.

"Si se trata de terceros que no estuvieron presentes en la diligencia y se opusieron por intermedio de apoderado, el auto que lo decretó quedará notificado en estrados, no tendrá recurso alguno, y en él se ordenará que las personas que deben absolverlo comparezcan al juzgado en el día y la hora que se señalen; la diligencia sólo se suspenderá una vez que se hayan practicado las demás pruebas que fueren procedentes.

"Practicado el interrogatorio o frustrado éste por la no comparecencia del citado, se reanudará la diligencia; en el segundo caso se tendrá por cierto que el opositor no es poseedor.

"Al interrogatorio de los opositores se aplicará lo dispuesto en los artículos 207 a 214."

B. La demanda.

El actor considera que las normas acusadas, infringen el artículo 33 de la Constitución Política.

El cargo gira en torno al desconocimiento de la garantía consagrada en el artículo 33 de la Constitución Política, según la cual, nadie está obligado a declarar contra sí mismo o con-

tra sus parientes, cónyuge o compañero permanente.

En concepto del actor, cuando los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil, regulan el interrogatorio de parte en materia civil, se quebranta el mencionado precepto constitucional, pues se puede llegar a una eventual confesión o declaración en contra de aquéllos que la norma constitucional ha excluido.

Igualmente, señala que la garantía de que trata el artículo 33 de la Constitución Política, no se encuentra circunscrita a los asuntos penales, correccionales y de policía, como estaba consagrado en la Constitución anterior, ya que el artículo 33 es aplicable a toda clase de procesos.

C. Intervención ciudadana.

Dentro del término para intervenir, presentó escrito el ciudadano Alvaro Namén Vargas, designado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, justificando la constitucionalidad de las normas acusadas.

Según este interviniente, los argumentos del actor no tienen fundamento, pues la garantía prevista en el artículo 33 de la Constitución Política, debe ser interpretada de manera restrictiva; es decir, con referencia al campo penal, como quiera que la filosofía que inspira la norma es la protección del derecho a la libertad, que se puede desconocer, si se obliga a declarar contra sí mismo en causa penal, correccional o de policía.

Señala que los interrogatorios de parte en materia civil son de vital importancia, puesto que su fin es el esclarecimiento de los hechos en discusión; razón por la que las partes deben tener la facultad de solicitar esa prueba y esperar que se pueda recaudar en debida forma, en cumplimiento de los principios de la buena fe y la lealtad procesal, como de la obligación de colaborar con la justicia.

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

Por medio de oficio No. 1261, de abril 29 de 1997, el señor Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, en el que pide la declaración de exequibilidad de las normas demandadas.

Del análisis de los debates realizados en la Asamblea Nacional Constituyente, se puede determinar que el querer del Constituyente fue el de insertar el principio de la no incriminación (consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política), en el conjunto de las garantías de orden procesal para el campo penal, correccional y de policía, únicamente .

Al efectuarse un interrogatorio de parte, el interrogado debe responder a las preguntas que se formulen con claridad y sin evasivas. Sin embargo, si del mismo resulta una eventual declaración sobre una posible responsabilidad penal de aquél o uno de sus parientes, deberá advertírsele sobre la facultad que tiene de no declarar. De lo contrario, se generará un vicio que puede dar lugar a una nulidad.

Por último, indica que el artículo 33 de la Constitución Política en nada se opone a la obligación de colaborar con la administración de justicia (artículo 95, numeral 7 de la Constitución Política).

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 presentada contra dos normas que hacen parte de un decreto con fuerza de ley (numeral 5 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Partiendo de la interpretación literal del artículo 33 de la Constitución, el actor sostiene que los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970 modificado por el Decreto 2282 de 1989), son inexequibles, porque la prohibición establecida en el mencionado artículo 33 es general, y no está limitada a los asuntos criminales, correccionales o de policía.

Se analizará, en consecuencia, este argumento.

Tercera.- Campo de aplicación de la garantía establecida por el artículo 33 de la Constitución.

Para decidir sobre esta demanda, es menester fijar el campo de aplicación del artículo 33 de la Constitución. Determinar si él está circunscrito a los asuntos criminales, correccionales o de policía, como tradicionalmente ha ocurrido, o si tiene el alcance ilimitado que el demandante le señala.

Para la Corte Constitucional, es claro que la garantía establecida en el artículo 33 de la Constitución, se limita a los asuntos criminales, correccionales o de policía. Así lo demuestran los argumentos que a continuación se expondrán.

1°) **La tradición constitucional.-**

El principio establecido en el artículo 33 de la Constitución vigente, no es nuevo. Se plasmó en algunas de las Constituciones, desde el pasado siglo, pero siempre limitado a los asuntos penales, en general, es decir, a aquellos en que se ejerce el poder punitivo del Estado.

En la "Constitución de la República de Colombia", aprobada en Cúcuta en 1821, en el

artículo 167, se consagró así:

"... y ninguno será admitido ni obligado en juramento, ni contra sí mismo, en causa criminal; ni tampoco lo serán recíprocamente entre sí los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad".

En la "Constitución de la República de Colombia", sancionada en 1830, en el artículo 142, se dispuso:

"Ningún colombiano será obligado con juramento ni otro apremio a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, contra su consorte, sus ascendientes o descendientes y hermanos".

En el artículo 188 de la "Constitución del Estado de la Nueva Granada" (1832), se ordenó:

"Ningún granadino dará testimonio en causa criminal contra su consorte, sus ascendientes, sus descendientes y hermanos, ni será obligado con juramento u otro apremio a darlo contra sí mismo".

Después, en el artículo 160 de la "Constitución Política de la República de la Nueva Granada", en 1843, se mantuvo la garantía, así:

"Ningún granadino está obligado a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, ni contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos".

En la "Constitución de la República de Colombia", de 1886, se aprobó el artículo 25, que se conservó, con idéntica redacción, hasta 1991, pese a las innumerables reformas de la Constitución. Establecía el artículo 25:

"Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad".

Sobre la razón de ser de esta norma, escribió don José María Samper:

"En otras Constituciones de la República había figurado esta disposición, y era necesario mantenerla o restablecerla, dado que es abiertamente inmoral que la ley obligue a alguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, que son los clasificados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, y entre las garantías civiles consagradas por gran número de constituciones. La garan-

tía es de derecho natural.

"Naturalmente, para hacerla efectiva, en el caso de disposición testimonial (no de confesión o declaración en asunto propio), la ley ha de exigir la comprobación del parentesco, así como la clara determinación de la naturaleza **criminal** del asunto". (Derecho Público Interno de Colombia, Editorial Temis. Bogotá, 1982, pág. 329).

Queda claro, en consecuencia, que en Colombia, durante su vida independiente, jamás se ha pretendido darle al actual artículo 33 de la Constitución el alcance general que el actor le asigna.

No se entendería, con estos antecedentes, que de la noche a la mañana, sin exponer razón alguna y sin que mediara el menor debate, los constituyentes de 1991 hubieran decidido generalizar esta prohibición, sin tener en cuenta que de hacerlo irían en contravía de otros principios consagrados en la Constitución.

2°) **Sentencia 129 de octubre 17 de 1991, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia.**

Habiéndose presentado, durante la vigencia de la Constitución anterior, una demanda contra el artículo 748 del Decreto 624, de marzo 30 de 1989, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, examinó esa norma a la luz del artículo 33 de la Constitución ya vigente al momento de dictarse la sentencia, y determinó que la garantía constitucional sólo rige en asuntos criminales, correccionales o de policía. Conviene transcribir la parte pertinente de tal sentencia:

"Corresponde examinar si la confesión ficta o presunta es contraria a la preceptiva del artículo 33 de la Constitución Nacional, según el cual "Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

"Como la norma acabada de transcribir varió la redacción del texto del artículo 25, vigente desde la Constitución de 1886, por cuanto no precisó que la prohibición estuviese circunscrita a los asuntos criminales, correccionales o de policía, por esta razón podría a primera vista entenderse que la prohibición se extendió para toda clase de asuntos, incluidos aquellos cuya finalidad es dirimir un conflicto de intereses entre particulares y no únicamente, como siempre ha sido y es lo lógico, a los asuntos que implican el ejercicio de la soberanía punitiva del Estado en orden a reprimir las conductas que lesionan o ponen en peligro el orden social, conforme resulta de una interpretación histórica y sistemática del precepto constitucional.

"En efecto, un análisis de los antecedentes que determinaron la adopción del artículo 33, y hasta donde es posible reconstruirlos con la ayuda de las actas de las sesiones y ponencias publicadas hasta ahora en la Gaceta Constitucional, no indican que fuese voluntad expresa e inequívoca de los constituyentes de 1991 dejar abierta la posibilidad de aplicar la prohibición plasmada a toda clase de procesos, conforme

pasa a explicarse:

"La Comisión IV de la Asamblea Nacional Constitucional encargada de tramitar los asuntos relativos a la justicia incluyó el texto del hoy artículo 33 dentro de los principios rectores del derecho penal y concretamente en el tema del derecho de defensa, como uno de los derechos que debe tener todo sindicado. La constituyente María Teresa Garcés, miembro de la Comisión, propuso puntualizar que dicha prohibición se refería solamente a los asuntos criminales, correccionales o de policía (Acta No. 13 de 6 de abril de 1991 Gaceta Constitucional No. 65 de 2 de mayo de 1991).

"La Comisión IV aprobó por unanimidad el texto de la disposición con la reforma que fue sugerida por la constituyente antes nombrada el 19 de abril de 1991 (Gaceta Constitucional No. 74 de 15 de mayo de 1991).

"Por su parte la Comisión I de la Asamblea Constitucional, encargada de estudiar lo referente al Título III de la anterior Constitución, vale decir, lo relativo a los derechos y garantías individuales, incluyó la prohibición de obligar a las personas a declarar contra sí mismo o contra sus parientes consanguíneos y afines más próximos como una garantía procesal del juzgamiento penal y así lo sometió a consideración de la plenaria de la Asamblea (Gaceta Constitucional No. 51 de 16 abril de 1991 y No. 82 de 25 de Mayo de 1991).

"En la Gaceta Constitucional No. 109 de junio 27 de 1991 se publicaron los artículos aprobados en primer debate y entre ellos aparece bajo el título de "Principio del respeto a la solidaridad íntima" el texto correspondiente al artículo 33 de la actual Constitución.

"En la sesión plenaria efectuada el 31 de mayo de 1991, cuya acta fue publicada en la Gaceta Constitucional No. 122, se trató el tema de los principios fundamentales de la administración de justicia, y en el artículo que tuvo a consideración la plenaria aparece el texto del artículo 33 como uno de los derechos del sindicado, con la especificación de que la prohibición se limita a los asuntos penales, correccionales o de policía.

"La Gaceta Constitucional No.123 da cuenta de que el sábado 1° de junio, la Asamblea continuó el debate sobre la administración de justicia y dentro del acta de la sesión aparece una proposición sustitutiva presentada por el constituyente Alvaro Gómez H., en el sentido de desglosar el tema de la referida prohibición de los derechos del sindicado, y aprobar el mismo texto en artículo separado bajo el título de "Respeto a la solidaridad íntima".

"Las publicaciones reseñadas no le permiten a la Corte concluir que hubiese en el Constituyente el ánimo de modificar el texto del antiguo artículo 25 y dejar abierta la posibilidad de aplicar la prohibición de declarar a asuntos distintos.

"Y es más, aun si en realidad resultara que en las actas que aún no se conocen, apa-

reciera registrado que la intención positiva al redactar la norma hubiese sido la de eliminar la mención a los procesos penales, correccionales o de policía, esta única circunstancia no sería razón suficiente por sí misma para variar el entendimiento del analizado artículo 33 de la Carta de Derechos, pues la comprensión de este ordenamiento superior no puede hacerse tomando aisladamente uno solo de sus textos; ya que el genuino sentido de los mandatos constitucionales solamente resulta de una interpretación sistemática de todo su articulado de manera tal que no resulten jamás antinomias que destruyan la lógica y la coherencia interna que como "norma de normas" forzosamente debe tener la Constitución Política.

"...

"Tampoco está por demás señalar que no obstante la aparente generalidad del supuesto de hecho de la norma que resulta del empleo del pronombre indeterminado que emplea el precepto, él solamente puede referirse a los seres humanos y no a cualquier otra clase de personas, puesto que únicamente de los primeros cabe predicar vínculos conyugales o maritales y de parentesco. Así que por este solo aspecto se mostraría equivocada la interpretación del artículo 33 que quisiera extender su ámbito de aplicación más allá de los procesos penales, correccionales o de policía, pues de otra manera se tendría que con grave detrimento de la igualdad de trato por parte de la ley y las autoridades que también consagra el artículo 13 de la Constitución en vigor, en caso de un litigio que enfrentara a dos personas, una de las cuales no fuese un ser humano, resultaría roto el principio de igualdad al serle posible a una de ellas el valerse de la declaración de su contraparte contra sí misma mientras que a la otra tal proceder le estaría vedado.

"En este mismo orden de ideas que restringen el campo de aplicación del susodicho artículo 33 a la sola persona humana, interesa igualmente destacar que la prohibición de declarar contra sí mismo, su cónyuge o compañero permanente y sus parientes más allegados, está íntimamente vinculada con la presunción de inocencia que respecto de las personas juzgadas por delitos establece el artículo 29 de la misma Constitución, mientras no se les haya declarado judicialmente culpables, por reputarse consustancial a esta clase de procesamientos que sea el Estado el obligado a probar la culpabilidad de la persona en la comisión de un hecho calificado previamente como delictuoso. Por este motivo, en rigor lógico y conforme a los principios universales sobre la materia, la prohibición de declarar contra sí mismo sólo puede favorecer a los acusados por la comisión de hechos punibles y no a las personas en sus relaciones entre sí, cuando entre ellas surjan conflictos de interés, puesto que en tales situaciones los particulares se encuentran en condiciones de igualdad frente al Estado para que éste dirima sus diferencias.

"De otro lado, es evidente que la prohibición de declarar contra sí mismo, o contra su cónyuge o la persona de otro sexo con la que se convive maritalmente, y aquellas con las cuales se tienen vínculos de parentesco, protege la solidaridad y lealtad que debe existir entre los miembros de la familia constituida por nexos naturales o jurídicos cuya protección quisieron expresamente los constituyentes de 1991, tras con-

siderarla núcleo fundamental de la sociedad (art. 42) y consagrar, en lo atinente al caso que ocupa la atención de la Corte, que su intimidad es inviolable (art. 15) y que cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada conforme a la ley. El artículo 33 está, pues, en consecuencia con el especial amparo que el constituyente quiso brindar a la familia para preservar al interior de ella la lealtad y solidaridad que debe existir entre quienes están unidos por vínculos familiares, lo cual, como es natural, les impediría colaborar a su vez con la administración de justicia dando un testimonio veraz y desinteresado; y por esta razón la Constitución los releva en tales casos penales del deber de colaborar con la justicia que tienen todos los miembros de la comunidad nacional.

"Por último, estima la Corte que considerar aplicable el artículo 33 de la Carta Política a procesos diferentes de los penales, correccionales o de policía, desconocería los deberes y obligaciones que deben observar todas las personas en el ejercicio responsable y no abusivo de los derechos que les reconoce la Constitución Nacional y que puntualiza el artículo 95 en sus ordinales 1°. y 7°., cuales son: "Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios" y "Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia". Deberes de rango constitucional que carecerían de contenido y sentido de hacerse extensiva la prohibición de que trata el artículo 33 a los asuntos no penales en que se ventilan intereses particulares. Se insiste por ello que la aplicación extensiva pugnaría con los deberes y obligaciones generales antes mencionados, que conforme lo dice el artículo 95 tienen los miembros de la comunidad nacional". (Sentencia 129 de octubre 17 de 1991, Magistrado Ponente, Rafael Méndez Arango).

Los anteriores argumentos bastarían para desechar el cargo formulado en la demanda. Sin embargo, la Corte estima que existen otros que no deben hacerse a un lado.

3°. **La buena fe y las obligaciones impuestas por los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil.**

La buena fe bien puede incluírse entre los "elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos", a los cuales se refería Josserand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

"La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por éste. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otras, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe." (Sentencia C-544 del 1° de diciembre de 1994, Magistrado Ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional No. 12 pág. 41).

La Constitución vigente, en su artículo 83 consagró el principio de la buena fe, así:

"**Artículo 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

Al decir de la Corte (en la sentencia citada), "esta norma tiene dos partes: la primera, la consagración de la obligación de actuar de buena fe, obligación que se predica por igual de los particulares y de las autoridades públicas. La segunda, la reiteración de la presunción de la buena fe de los particulares en todas las gestiones que adelanten ante las autoridades públicas".

Como es explicable dada su importancia, existen innumerables definiciones de la buena fe: en los títulos traslaticios del dominio, en la posesión, en la percepción de los frutos, en los contratos, etc. En el artículo 768 del Código Civil, por ejemplo, se dice que "La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio". Planiol y Ripert la definen así, en relación con los contratos:

"Entre nosotros, todos los contratos son de buena fe y ésta es la obligación de obrar como hombre honrado y consciente, no sólo en la formación sino también en el cumplimiento del contrato, sin atenerse a la letra del mismo. Esta exigencia plantea, por ende, al juez un problema delicado, siempre que haya de fijar a qué se ha obligado determinado contratante; pero existe no sólo desde el punto de vista de la justicia, sino en interés bien entendido de los contratantes, todos los cuales han de beneficiarse con ella. La vida en sociedad se facilita de ese modo". (Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo sexto, primera parte, Edición Cultural S.A., Habana 1940, número 379, página 530).

Precisamente en cumplimiento de este principio (el de la buena fe en los contratos), dispone el artículo 1603 del Código Civil: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella".

Viniendo ahora al campo del proceso, y particularmente del proceso civil, no puede pasarse por alto el deber que el numeral 1 del artículo 71 del Código de Procedimiento Civil impone a las parte y sus apoderados: "Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos".

Pues bien: sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad?

La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, "El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes", según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

Sin que sobre anotar que la ley procesal ha hecho la necesaria salvedad en lo tocante a las preguntas que puedan comprometer la responsabilidad penal del interrogado. En efecto, el inciso cuarto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, establece que "las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas".

A todo lo anterior podría agregarse que el artículo 4° del Código de Procedimiento Civil se anticipó a la Constitución vigente, al establecer que "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial". Obligación que es la misma que el artículo 228 de la Constitución consagra al disponer la prevalencia del derecho sustancial. Para que prevalezca el derecho sustancial, con sujeción a criterios de buena fe y buscando la realización de la justicia, **los procesos tienen como finalidad demostrar la verdad.** Finalidad que persiguen las normas acusadas.

Hay, además, este otro argumento: según el artículo 93 de la Constitución, "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Pues bien: en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, se consagra el derecho de toda persona a "no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable". Como este tratado, aprobado por la ley 16 de 1972, está en vigencia desde el 18 de julio de 1975, de conformidad con él hay que interpretar el derecho consagrado en el artículo 33 de la Constitución. Como se ve, la interpretación restrictiva que, en su momento, hizo la Corte Suprema de Justicia, y que ahora prohija la Corte Constitucional, coincide con la norma del Tratado.

Finalmente, no debe dejarse de lado el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución que establece como deber de la persona y del ciudadano "colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia." Este interrogatorio de parte, conduce a hacer eficaz ese deber, en asuntos diferentes a los penales, correccionales y de policía.

Quinta.- Conclusión.

Para la Corte es claro, como se dijo al principio, que el artículo 33 de la Constitución sólo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía.

En consecuencia, las normas demandadas serán declaradas exequibles.

Pero la declaración de exequibilidad se hará en relación con el texto íntegro de las normas demandadas, pues no se observa que vulneren norma alguna de la Constitución.

III. DECISION.-

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Decláranse EXEQUIBLES los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento civil, el segundo de los cuales fue modificado por el decreto ley 2282 de 1989, artículo 1°, numeral 96.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-426
septiembre 4 de 1997

PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION-Alcance restringido

El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra miembros de su familia próxima, se consagra, en el artículo 33 de la C.P., con carácter general. La sentencia de la Corte, restringe el alcance de esta preciosa garantía al proceso penal. Los argumentos que se aducen, para sustentar su aserto, carecen de peso : aunque en la Comisión ciertamente se limitaba el alcance del derecho al proceso penal, el texto final aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente eliminó tal restricción ; la tradición histórica que igualmente prohijaba la indicada limitación, se basaba en la norma constitucional que la expresaba, y que dejó de regir al aprobarse la nueva Constitución Política. Por encima de la disposición constitucional, ha terminado por imponerse el texto de la proposición que no fue integralmente acogida por la Asamblea Nacional Constituyente y la tradición anterior que se basaba en la norma derogada por la actual Constitución. El conflicto entre el deber de colaboración con la justicia y el deber de solidaridad con la familia próxima (al que se adiciona el derecho a no obrar contra sí mismo), tratándose de actos que tienen repercusiones judiciales, se ha decidido por el mismo constituyente en el sentido de dar prioridad a esta última lealtad, en aras de la libertad ética del sujeto, de la necesidad de no imponer deberes heroicos, de la imparcialidad que reclama la justicia y de la cohesión familiar.

Referencia: Expediente D-1584

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, modificado parcialmente por el decreto 2282 de 1989).

Actor: Humberto Artunduaga Vargas

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía

Con todo respeto, por los motivos que a continuación brevemente expongo, me aparto de la decisión mayoritaria. Creo que la inexequibilidad era procedente.

1. El derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo o contra miembros de su fami-

lia próxima, se consagra, en el artículo 33 de la C.P., con carácter general. La sentencia de la Corte, restringe el alcance de esta preciosa garantía al proceso penal. Los argumentos que se aducen, para sustentar su aserto, carecen de peso : aunque en la Comisión ciertamente se limitaba el alcance del derecho al proceso penal, el texto final aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente eliminó tal restricción ; la tradición histórica que igualmente prohijaba la indicada limitación, se basaba en la norma constitucional que la expresaba, y que dejó de regir al aprobarse la nueva Constitución Política. Por encima de la disposición constitucional, ha terminado por imponerse el texto de la proposición que no fue integralmente acogida por la Asamblea Nacional Constituyente y la tradición anterior que se basaba en la norma derogada por la actual Constitución. De este melancólico procedimiento de interpretación, sólo se puede concluir que la Corte renuncia a interpretar la Constitución que le corresponde interpretar.

2. El artículo 8o de la Convención Americana de derechos humanos, no circunscribe el derecho analizado a los procesos penales, aunque cabe admitir que en éstos su respeto resulta esencial. En todo caso, el derecho internacional en la materia establece mínimos de garantía y sirve como fuente interpretativa. Si el ámbito del derecho constitucional interno es más amplio en relación con el que pueda configurarse a partir del derecho internacional, ha sido doctrina constante de esta Corte que, en este evento, no puede sufrir mengua ni recortarse el mayor alcance de la respectiva disposición de derecho interno. A los tratados internacionales se recurre con el objeto de asegurar que la protección que discierne el derecho interno no sea inferior a la que se recoge en el derecho internacional, no así para restringir la mayor protección que pueda eventualmente consagrar el primero, puesto que esto desvirtuaría el sentido de la garantía que por vía interpretativa se ha establecido en la Constitución Política y, por otra parte, desconocería la máxima *pro libertate.*

3. El conflicto entre el deber de colaboración con la justicia y el deber de solidaridad con la familia próxima (al que se adiciona el derecho a no obrar contra sí mismo), tratándose de actos que tienen repercusiones judiciales, se ha decidido por el mismo constituyente en el sentido de dar prioridad a esta última lealtad, en aras de la libertad ética del sujeto, de la necesidad de no imponer deberes heroicos, de la imparcialidad que reclama la justicia y de la cohesión familiar.

No se descubre la razón por la cual esta tensión entre deberes contrapuestos no se de en causas distintas de las criminales y que, en aquellos casos, la solución sea diversa. La búsqueda de la verdad, con las limitaciones propias de naturaleza procesal, corresponde a una exigencia de la justicia, en todos los órdenes. La eficacia de los procedimientos judiciales, constituye una exigencia funcional de la administración de justicia, también de carácter general. Igualmente, la buena fe compromete a las autoridades y a las partes, en todos los procesos. La sentencia equivocadamente supone que la verdad, la eficacia y la buena fe, carecen de importancia en materia penal, y por ello a este proceso se circunscribe el derecho constitucional examinado. Ahora, si lo que preocupa a la mayoría son las consecuencias negativas que se derivan de las sanciones penales, cabe anotar que las sanciones y consecuencias que pueden presentarse a raíz de los demás procesos, no son triviales y pueden incluso revestir mayor intensidad.

Lo que definitivamente no considera la sentencia es la existencia del conflicto de lealtades en las diferentes causas judiciales : sus ojos no desean asomarse al vacío insondable que deja su omisión. Se limita la Corte, con argumentos extraídos de normas legales, a divagar sobre las consecuencias que se seguirían de darle al derecho constitucional el alcance que en realidad le corresponde. La Corte, guardiana de la Constitución Política, desarrolla argumentos tomados de la ley, para restringir un derecho fundamental. En lugar de interpretar la ley de conformidad con la Constitución, hace lo contrario.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

SENTENCIA No. C-427
septiembre 4 de 1997

SENTENCIA INHIBITORIA-Carencia de objeto

Teniendo en cuenta que las normas acusadas han desaparecido del ordenamiento legal y no están produciendo efecto jurídico alguno, carece de objeto la definición acerca de su constitucionalidad, razón por la cual, por sustracción de materia, deberá producirse un fallo inhibitorio.

Referencia: Expediente D-1586

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 41 y 42 (parcial) de la ley 29 de 1944.

Actor: Claudia Lucía Segura Acevedo

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Claudia Lucía Segura Acevedo, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de los artículos 41 y 42 (en su inciso primero) de la Ley 29 de 1944.

Admitida la demanda, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al procurador general de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

El tenor literal de las normas demandadas es el siguiente:

LEY 29 DE 1944

"Artículo 41. La responsabilidad penal por los delitos a que se refiere la presente ley se determinará y fijará por las reglas generales establecidas en la Ley Penal; pero en todo caso, serán considerados como autores del hecho delictuoso los directores del periódico y los autores del escrito, y también los editores, cuando no se trate de una publicación periódica.

"Artículo 42. Respecto de los delitos de que trata esta ley, son únicamente competentes para la instrucción y para el fallo en primera instancia los respectivos Jueces del Circuito(...)"

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que las disposiciones acusadas son violatorias de los artículos 13 y 29 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Afirma la demandante que el artículo 41 acusado prescribe una forma de culpabilidad objetiva que quebranta los principios constitucionales derivados del debido proceso, pues permite que se endilgue responsabilidad penal a los directores de medios de comunicación escritos, por la conducta delictuosa, en materia de injuria y calumnia, de quienes escriben en tales publicaciones. En su concepto, dicha disposición también es violatoria de la presunción de inocencia, pues asume de antemano que el director del medio de prensa es la persona penalmente responsable de los delitos que se cometan a través de su medio de comunicación.

En cuanto al inciso primero del artículo 42 de la misma ley, según la demandante contradice lo dicho por las normas de procedimiento penal, pues éstas disponen que los delitos de injuria y calumnia cometidos por los medios de comunicación escritos, al ser de aquellos que sólo pueden investigarse por querella de parte, son de competencia de los fiscales delegados ante los jueces municipales, mientras que la norma demandada le asigna dicha competencia a los fiscales delegados ante los jueces penales del circuito. Aunque la demandante acepta que aquello podría corresponder a una derogación tácita de la norma acusada (artículo 42, inciso primero) por parte de las normas sobre procedimiento penal. Y aunque admite que a este tipo de delitos siempre se les ha dado un tratamiento especial, el hecho de que su competencia no haya sido catalogada como una verdadera excepción a las reglas generales sobre el tema -afirma- hace que devenga inconstitucional.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Fiscalía General de la Nación.

Dentro de la oportunidad procesal prevista intervino en el proceso de la referencia el señor fiscal general de la Nación (e) doctor Armando Sarmiento Mantilla, quien manifestó su desacuerdo con los argumentos expuestos por la demandante. Sin perjuicio del estudio que deba hacer la Corte acerca de la vigencia de los artículos acusados por razón de su derogatoria, pues en su concepto debieron ser demandadas las normas vigentes que desarrollan los delitos contra la integridad moral, para el señor fiscal general la responsabilidad que entraña el ejercicio de la actividad de la comunicación debe ser penalizada en caso de transgresión, pero conforme a los principios del derecho penal, esto es, teniendo en cuenta el grado de participación en el hecho punible de los implicados, y no como lo interpreta la demandante, aplicando la proscrita responsabilidad objetiva.

En cuanto a los reproches esbozados contra el artículo 42 de la Ley 29 de 1944, el interviniente manifiesta que los efectos de aplicación general e inmediata de la ley procesal, específicamente en el caso de cambio de competencia, no conllevan la violación de los principios constitucionales del debido proceso y de la igualdad, pues todo funcionario judicial está en la obligación de observar en su integridad el ordenamiento jurídico y respetarlo, sin consideración a su grado o jerarquía.

2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Dentro de la misma oportunidad procesal intervino el ciudadano Eduardo Namén Vargas, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho y solicitó a la Corte Constitucional declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, por estimar que éstas fueron derogadas tácitamente por el Código Penal - Decreto Ley 100 de 1980 -, estatuto que expresamente prevé la necesidad de comprobar la culpabilidad individual con el fin de imponer el reproche de responsabilidad penal sobre una conducta.

En cuanto al cargo elevado contra el artículo 42 de la Ley 29 de 1944, el interviniente considera que ha perdido actualidad, pues la legislación colombiana vigente prescribe de manera clara, cuáles son el procedimiento y el funcionario encargados de tramitar las investigaciones por injuria y calumnia cometidas a través de la prensa escrita.

3. Intervención del ciudadano Luis Suárez Cavelier

El interviniente sostiene que la interpretación de la que parte la demanda radica en un equivocado entendimiento sobre el funcionamiento de los medios escritos de comunicación, en donde la responsabilidad sobre la información que aparece publicada descansa en el director del impreso. En su opinión, en Colombia se ha establecido "...una verdadera irresponsabilidad penal de los directores de los periódicos, so pretexto de que no puede achacárseles nunca una responsabilidad objetiva. Pero eso es una falacia, lo que aparece publicado como una noticia en las páginas de un periódico no es ni puede ser exclusivamente res-

ponsabilidad del periodista que la escribió, sino del director que bien ordenó escribirla, bien señaló los aspectos fundamentales de la misma, o aún toleró su publicación."

En relación con el artículo 42 acusado, considera que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 dispuso que las acciones dirigidas contra la prensa por razón de la comisión de los delitos de injuria y calumnia, por su complejidad y circunstancias particulares, es de conocimiento de los jueces del circuito del lugar de los hechos, y no, como se ha venido interpretando, de los jueces municipales. Asegura en tal sentido que "si algo distingue a los procesos por difamación en la prensa es su alto grado de complejidad razón por la cual en casi todas las latitudes le corresponde a un juez de mayor jerarquía conocerlos (sic), no como en Colombia por razón de interpretaciones caprichosas contra legem, a los funcionarios judiciales de más bajo rango en lo penal."

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal, el señor procurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación que se declare la inconstitucionalidad de las expresiones acusadas, de acuerdo con los siguientes argumentos.

Para la vista fiscal, las expresiones de las normas acusadas abren la posibilidad de que los directores de los medios de prensa escrita sean responsables penalmente por la conducta desplegada por terceros, el concepto detecta en la norma acusada, una vulneración clara del principio constitucional de la presunción de inocencia, consagrado expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica, así como una violación al debido proceso, al establecer una responsabilidad objetiva en cabeza de los directores de la prensa escrita.

En lo relativo a la competencia de los jueces penales del circuito para conocer de las denuncias por los delitos de injuria y calumnia cometidos dentro del marco de las publicaciones periodísticas, el Señor procurador considera que la expresión "para la instrucción", contenida en el artículo 42 acusado, es inconstitucional porque la investigación de los delitos (salvo contadas excepciones) fue encargada por la Carta Fundamental de 1991, no a los jueces penales, como lo disponía en régimen constitucional anterior, sino a la Fiscalía General de la Nación, representada en cada caso por sus fiscales delegados.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de una ley de la República, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo prescribe el artículo 241-4 de la Carta Fundamental.

2. Inhibición de la Corte Constitucional por derogación tácita y expresa de las normas acusadas.

2.1- Artículo 41de la ley 29 de 1944.

La Ley 29 de 1944, "Por la cual se dictan disposiciones sobre prensa", siguiendo los principios de la legislación penal en punto a la protección de la integridad moral de las personas, regula, entre otros, los delitos de injuria y calumnia en que pueden incurrir los directores y editores de medios de comunicación escritos, por la conducta injuriosa o calumniosa de quienes escriben en dichas publicaciones. Para tal efecto, la citada ley en los artículos 23, 24, 25, 26, 27, 41 y 59, modifica, complementa, adiciona y deroga disposiciones que sobre la materia - delitos contra la integridad moral - contenía el Decreto 2300 de 1936, Código Penal de 1936.

Las normas enunciadas son del siguiente tenor literal :

"Art. 23 La pena a quienes cometan el delito de calumnia definido en el artículo 333 del Código Penal, será de seis meses a tres años de arresto, además de la multa de $100°° a $2.000°°, señalada en dicho artículo. Pero el procesado podrá solicitar, tanto en el caso del artículo 333 como en el del 334 del mismo Código, que se le conmute el arresto, o parte de él, por una sanción pecuniaria de dos pesos por cada día a favor del calumniado, sin perjuicio de la indemnización civil a que haya lugar.

"Art. 24. La pena de arresto que establecen para el delito de injuria los artículos 337 y 338 del Código Penal podrá conmutarse, en todo o en parte, a solicitud del procesado, por una sanción pecuniaria de dos pesos por cada día, a favor de la persona injuriada, sin perjuicio de la indemnización civil a que haya lugar.

"Art. 25 no podrá decretarse la detención preventiva por los delitos de calumnia e injuria.

"Art. 26. Las sanciones a que se refieren los artículos anteriores, para la calumnia y la injuria, se aumentarán hasta en una sexta parte o la mitad, si con ellas se afecta a los funcionarios y empleados públicos que ejerzan mando o jurisdicción.

"Art. 27. Es entendido que cuando una calumnia o una injuria se publique de un modo impersonal o con la fórmula, ***se dice, se asegura, corre el rumor,*** *u otra semejante, se considerará para los efectos legales, que tal concepto se emite personalmente por el director del periódico y por cualquier otro responsable de la respectiva publicación.*

"Tampoco exime de responsabilidad el que la calumnia o la injuria se produzca empleando expresiones o medios indirectos, siempre que aparezcan los elementos constitutivos del delito y que la publicación se refiera de manera inequívoca al ofendido.

"Art. 59. Deróganse los artículos 339 y 342 del Código Penal y las Leyes 51 de 1898, 73 de 1910, 59 de 1911, la 69 de 1928 y el decreto 1900 de 1944."

Por su parte, el artículo 41 acusado, de conformidad con el artículo 27 que se cita, destaca la responsabilidad penal en los delitos de injuria y calumnia de quien autoriza la publi-

cación de una nota injuriosa o calumniosa. En efecto, luego de reconocer que la responsabilidad penal del autor o los autores del ilícito debe desarrollarse con fundamento en los principios y disposiciones contenidos en las normas generales del Código Penal, vale decir, aquellas referidas a la responsabilidad, aplicación de la ley en el tiempo y el espacio, autoría y participación, imputabilidad y culpabilidad, dicha norma insiste en considerar como autor del hecho delictuoso de la injuria o calumnia por medios de prensa, al director del rotativo y al autor del escrito, como también al editor, cuando se trata de una publicación no periódica.

Sobre el particular, encuentra la Corte que la norma demandada ha sido derogada tacitamente por el título XII, Capítulo Unico, del Decreto Ley 100 de 1980, "Por el cual se expide el nuevo Código Penal"; en particular, por los artículos 313, 314, 315 y 316 que regularon en forma íntegra, metódica y sistemática lo referente a los delitos contra la integridad moral.

Al respecto, las normas enunciadas consagran:

"Art. 313. INJURIA. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (19 a tres (3) años y multa de un mil a cien mil pesos.

"Art. 314. CALUMNIA. El que impute falsamente a otro un hecho punible, incurrirá en prisión de uno a cuatro años y multa de cinco mil a quinientos mil pesos.

"Art. 315. INJURIA Y CALUMNIA INDIRECTAS. A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reprodujere, repitiere, injuria o calumnia imputada por otro; o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones "se dice, se asegura" u otra semejante.

"Art. 316. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE GRADUACION DE LA PENA. Cuando alguno de los delitos previstos en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva, o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad.

Como puede observarse, las normas transcritas regulan todos los aspectos referidos a la responsabilidad penal de quienes atentan contra el patrimonio moral de las personas, el orden social o la tranquilidad pública, incluyendo a quienes lo hacen a través de cualquier medio publicitario donde se entienden comprendidas las diversas formas de transmitir el pensamiento, ya sea prensa, radio, televisión u otra que pueda crearse o innovarse. Y son los artículos 315 y 316 del actual Código Penal, las normas que de manera particular regulan la responsabilidad penal que le asiste a quien publica, reproduce o repite injuria o calumnia imputada por otro. Al respecto, la comisión redactora del Código Penal de 1980 manifestó :

"Se ha considerado necesario decir expresamente, que los que reproducen calumnias o injurias están sujetos a la pena de los autores, pues este sistema de ofender el honor es igualmente peligroso que la injuria o calumnia originales, y revela peo-

res condiciones morales en el culpable. Y de otra parte, garantizada la libertad de imprenta, hay que ponerle serios correctivos a sus abusos." (Actas del nuevo Código Penal colombiano)

Así, en cumplimiento del artículo 3° de la Ley 153 de 1887, según el cual, se estima *"insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refiera"*, debe estimarse derogada la norma demandada.

2.2- Inciso primero del artículo 42 de la ley 29 de 1944

En cuanto tiene que ver con el inciso primero del artículo 42, que deja en cabeza de los jueces del circuito la competencia para instruir y fallar en primera instancia los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de los medios de comunicación, considera esta Corporación que el mismo fue derogado, tanto por la Constitución Política de 1991, como por el Decreto 50 de 1987 y el actual Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991.

En efecto, en lo que respecta a la función instructiva de los delitos, de acuerdo con lo previsto por el artículo 250, inciso primero, de la Constitución Política, *"Corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes."* Se exceptúan de esta regla: a) los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio (art. 250 C.P.); b) los delitos cometidos por los miembros del Congreso cuya investigación y Juzgamiento corresponde a la h. Corte Suprema de Justicia (art. 235-3 C.P.) y c) los delitos cometidos por funcionarios que gozan de fuero constitucional especial y cuya investigación corresponde a la Cámara de Representantes (art. 178-2-5 C.P.). Se concluye entonces que, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, la competencia para instruir los delitos y acusar a los presuntos infractores, salvo las excepciones anotadas, ya no corresponden a los jueces de la República sino al Fiscal General de la Nación, y a los fiscales delegados ante los juzgados y tribunales competentes.

En cuanto a la competencia del juez penal del circuito para fallar en primera instancia los delitos de injuria y calumnia de que tratan las normas acusadas, debe anotarse, en primer lugar, que los artículos 322 del Código Penal de 1980 y 25 del Decreto 50 de 1987, Código de Procedimiento Penal de la época, consagraron como requisito de procedibilidad de estos punibles, la presentación de la querella. Y, en concordancia con dicha norma, el artículo 72-2 del Decreto 50 de 1987, le entregó la competencia a los jueces penales municipales para conocer *"De los procesos por los delitos cuya investigación requiera querella de parte"*. Asimismo, los artículos 33 y 73-2 del actual Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, reproducen el sentido de las normas citadas al reconocer en forma expresa que los delitos de *"...injuria (C.P. art. 313) ; calumnia (C.P : art. 314) ; injuria y calumnia indirecta (C.P. arts. 315 y 316)..."* requieren querella de parte y que son los **Jueces Penales Municipales** quienes conocen *"De los procesos por delitos que requieran*

querella de parte, cualquiera sea su cuantía." Por estas razones, debe entenderse que el inciso primero del artículo 42 de la ley 29 de 1944, ha sido derogada por las disposiciones constitucionales y procedimentales citadas.

Ahora bien, siguiendo los parámetros establecidos por la doctrina constitucional, para adelantar el estudio de exequibilidad de normas que han sido derogadas o modificadas, es requisito *sine qua non* que éstas continúen produciendo efectos jurídicos, pues de no ser así, el pronunciamiento de fondo resultaría inocuo, por carencia actual de objeto.

En el caso *sub examine,* el hecho de que el artículo 41 de la ley 29 de 1940 hubiera sido derogado por el Decreto-Ley 100 de 1980, hace ya diecisiete años, no permite que la norma continúe produciendo efectos jurídicos pues el término de prescripción de la acción y de la pena para estos delitos, único que podría dar lugar a la aplicación ultractiva de la ley penal en virtud del principio de favorabilidad, ha sido ampliamente superado[1]. En igual sentido deben entenderse cesados los efectos jurídicos del artículo 42 demandado, pues no sólo su derogatoria se produjo hace aproximadamente diez años, por mandato del Decreto 50 de 1987, sino que además, esta última norma tenía prevista su aplicación a partir de los procesos que para la época de su vigencia, estuvieren con auto de cierre de investigación ejecutoriado (art. 676 Decreto 50/87), de manera que la disposición derogado continuó produciendo efectos sólo hasta la ocurrencia de ese acto procesal, ya superado por el transcurso del tiempo. Por otra parte, no sobra agregar que, en tratándose de normas procesales que no tienen efectos substanciales, como es el caso de aquellas que fijan competencia, no caben consideraciones relativas a la favorabilidad del procesado y, por tanto, dada su naturaleza de legislación de orden público, son de aplicación inmediata.

En conclusión, considera la Corte que, teniendo en cuenta que las normas acusadas han desaparecido del ordenamiento legal y no están produciendo efecto jurídico alguno, carece de objeto la definición acerca de su constitucionalidad, razón por la cual, por sustracción de materia, deberá producirse un fallo inhibitorio.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor procurador general de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

INHIBIRSE para emitir pronunciamiento de fondo por carencia actual de objeto con respecto del artículo 41 y del inciso primero del artículo 42 de la ley 29 de 1944, en los términos de la presente Sentencia.

---

1 Tomando en consideración que la pena mayor para estos delitos es de 4 años (art.314 del C.P.) y que además, en caso de cumplirse cualquiera de las circunstancias de agravación de la pena, ésta sólo puede aumentarse de una sexta parte a la mitad (art. 316 ibídem).

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.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ , Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-428
septiembre 4 de 1997

LEGISLACION LABORAL-Cambios sólo obligatorios para el futuro

Con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los trabajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.

RESERVA DE LEY-Materias no pueden dejar de hacer parte de ley marco

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, 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.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Alcance

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.

REGIMEN DE CESANTIAS-Efectos futuros

El régimen de cesantías 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.

REGIMEN DE CESANTIAS CON RETROACTIVIDAD-
Inconstitucionalidad de autorización para crear incentivos

El inciso final de la norma examinada autoriza al Gobierno para establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la ley tenían régimen de cesantías con retroactividad se acojan al nuevo sistema. Esta parte del precepto es abiertamente inconstitucional, toda vez que representa una autorización indeterminada, tanto desde el punto de vista material como desde el temporal, para que el Ejecutivo cumpla una función indudablemente legislativa.

CESANTIA PARCIAL-Reconocimiento no supeditado a disponibilidad presupuestal

No ocurre lo mismo con el reconocimiento y liquidación de las cesantías parciales, que no pueden negarse al trabajador so pretexto de no existir partida presupuestal, ni supeditarse a ella, pues son actos que apenas hacen explícita una obligación ya existente en cabeza del organismo estatal y, lo más importante, el correlativo derecho del trabajador solicitante, quien según las normas jurídicas en vigor, si se somete a esos requisitos, puede pedir que se le reconozcan y liquiden las sumas que por tal concepto le es posible retirar.

REGIMEN DE CESANTIAS-Fijación de un mínimo de rezago/
INDEXACION DE CESANTIAS

La norma no fija un tope anual, o un máximo del diez por ciento del rezago, como meta para atender solicitudes represadas, sino un mínimo, una base necesaria, imperativa, por debajo de la cual los resultados de la gestión administrativa no pueden descender, pero el objetivo acorde con la Constitución consiste en la agilización global de las solicitudes y reconocimientos pendientes de pago, en cuanto la mora causa grave daño a los trabajadores y compromete disciplinariamente a los servidores públicos responsables de

ella, contra los cuales el Ministerio Público debe iniciar investigaciones disciplinarias, de oficio o a solicitud de los peticionarios, sin perjuicio del pago indexado de las sumas debidas. Este es obligatorio, según la jurisprudencia de la Corte, para evitar que se traslade al trabajador -por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda- el efecto negativo de la ineficiencia y la indolencia administrativas.

CESANTIA PARCIAL-Destinación/**SANCION DISCIPLINARIA INDETERMINADA**-Inconstitucionalidad

Si la ley señala la destinación que debe darse a las cesantías parciales por parte de los trabajadores que las solicitan, resulta violada cuando ellos, asaltando la buena fe de la administración, llevan el producto de lo parcialmente pagado a objetos distintos de los debidos. Ese comportamiento debe ser sancionado, pero, claro está, únicamente puede serlo sobre la base del debido proceso, que tiene aplicación en materia disciplinaria. El comportamiento censurado en la norma que se examina ha debido tener en ella su sanción correspondiente, clara e indudablemente determinada. Se viola la garantía constitucional del debido proceso, y específicamente el principio de legalidad de la sanción, cuando se remite indiscriminadamente al infractor a "las sanciones establecidas en la Ley 200 de 1995", que son once posibles, según el artículo 29 de aquél estatuto. La conducta descrita no está allí incluida, a no ser por remisión de unas normas a otras, lo cual significa que en la práctica no se sabe a ciencia cierta cuál es la sanción aplicable, quedando a discreción de quien aplica el precepto la escogencia del castigo que cada persona merezca.

ENCARGO TEMPORAL-Remuneración

El empleado encargado no puede recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. Permitir que quien desempeña un empleo por encargo temporal reciba la asignación del titular estando éste devengándola, contraviene lo dispuesto en los artículos 122 y 128 de la Constitución Política.

ENCARGO TEMPORAL-Concepto

El encargo temporal es una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos.

PRINCIPIO DE RAZON SUFICIENTE

La igualdad, evidentemente, busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas. Sin embargo, la existencia

de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para hechos que se encuentran cobijados bajo una misma premisa, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara y lógica que la convalide y que la doctrina constitucional ha denominado "principio de razón suficiente". Por ello, el establecer formas de diferenciación y tratamientos distintos no necesariamente conduce a una discriminación, pues a ésta sólo se llega cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Libre competencia en afiliación

Si bien es cierto que la disposición examinada establece que las Administradoras de Régimen Subsidiado contratarán por lo menos el 40% con I.P.S oficiales, ello no implica violación al derecho a la igualdad ni transgresión a principios o preceptos superiores, ya que el artículo 48 de la Carta Política establece que la ley determinará si la seguridad social es prestada por entidades públicas o privadas, y en tal medida puede entonces determinar el porcentaje de contratación con entes oficiales o particulares para la prestación del mencionado servicio público. Desde luego, los trabajadores gozan de plena libertad para escoger la I.P.S, los centros asistenciales y los médicos que los puedan atender, sin que sea permitido a la entidad para la cual laboran ni a la correspondiente ARS señalar cuáles de aquéllos serán atendidos por las I.P.S oficiales, forzándolos a tomar sus servicios, pues ello, además de vulnerar la libertad del trabajador, significaría abierto desconocimiento del principio de igualdad.

CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES-Naturaleza/**FONDO NACIONAL DE REGALIAS**-Recursos para financiación gastos de protección al medio ambiente/**RACIONALIZACION DEL GASTO PUBLICO/PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA**

Aunque las corporaciones autónomas regionales no son en estricto sentido entidades territoriales -en los términos del artículo 286 de la Constitución-, los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías llegan finalmente a los departamentos y municipios, pues expresamente se destinan, al tenor del precepto demandado, a la financiación de gastos relativos a la protección del medio ambiente, lo que a tales entidades territoriales interesa. No se vulnera, entonces, el artículo 361 constitucional. Dictar normas sobre canalización de recursos en una materia tan importante como el medio ambiente sí contribuye a la racionalización del gasto.

DEUDAS JUDICIALES-Pago

Se está estableciendo un nuevo mecanismo para que el Estado pague sus deudas judiciales, por medio del registro de las mismas como deuda pública y la emisión de los bonos respectivos. Por ende, la norma no está posibilitando que el Ministerio reconozca o no las deudas contenidas en las sentencias o conciliaciones, caso en el cual sería inexequible, pues permitiría a la autoridad administrativa desestimar las deudas judicialmente reconocidas, sino que simplemente le permite a ese Ministerio utilizar un nuevo mecanismo de pago, que consiste en registrar la obligación en favor del particu-

lar como una deuda pública, a fin de satisfacerla mediante un bono. Así entendida la norma, la Corte considera que el mecanismo en manera alguna desconoce la Carta ya que, como lo establece la propia disposición acusada, se debe contar siempre con el consentimiento del beneficiario, con lo cual éste tiene la posibilidad de decidir si le conviene o no el pago mediante el bono.

COMPENSACION-Autorización de cruce de información

La norma simplemente autoriza un cruce de información sobre las obligaciones que el particular beneficiario de la decisión judicial puede tener en favor del Estado a fin de que se efectúe, si es el caso, la correspondiente compensación. Como es obvio, esa información sólo puede versar sobre aquellas obligaciones del particular que se encuentren consolidadas mediante la ejecutoria del respectivo acto administrativo, y respecto de las cuales existe mérito ejecutivo y se haya iniciado, antes de la sentencia en contra de la administración, el trámite judicial de su cobro forzoso. Sin embargo, la administración no puede dilatar el cumplimiento de sus obligaciones más allá de un tiempo razonable para el cruce de la información, pues el principio de celeridad del artículo 209 C.P. impone una efectiva y rápida decisión.

Ref.: Expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613.

Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996.

Actores: Luis Antonio Vargas Alvarez y otros.

Magistrados Ponentes: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

Luis Antonio Vargas Alvarez, Claudia Mercedes Penagos Correa, Dario Giovanni Torregroza Lara, Maria Elena Vega Valcarcel, Armando Josue Duarte Gomez y Manuel Antonio Aponte Avella, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, han presentado ante la Corte demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 13, 14, 15, 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996.

Por decisión de la Sala Plena de la Corte, dada la coincidencia temática, se han acumulado los libelos en cuestión y se resolverá sobre ellos mediante un solo fallo, cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991.

II. TEXTOS

Los textos acusados son del siguiente tenor literal:

"LEY 344 DE 1996
(diciembre 27)

por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)
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.

El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo.

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

Artículo 14. Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio de que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse.

Artículo 15. Incurrirán en las sanciones establecidas en la Ley 200 de 1995 los servidores públicos que destinen sus cesantías parciales para fines diferentes a los establecidos en las disposiciones legales y quienes teniendo como función velar por la correcta aplicación de tales recursos, no realicen el debido seguimiento.
(...)
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 para los efectos del mismo.
(...)
Artículo 22. Las entidades territoriales deberán adoptar los mecanismos necesarios para garantizar la libre competencia en la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y en la prestación de los servicios de salud subsidiados. La Superintendencia Nacional de Salud adoptará las medidas para el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo.

Parágrafo. Las ARS (Administradoras de Régimen Subsidiado), contratarán por lo menos el 40% con I.P.S oficiales.
(...)
Artículo 26. El Fondo Nacional de Regalías podrá financiar los gastos operativos de los proyectos de inversión de protección del medio ambiente ejecutados por las Corporaciones Autónomas Regionales y Desarrollo Sostenible.
(...)
Artículo 29. El Ministro de Hacienda podrá reconocer como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales. Cuando las reconozca, las podrá sustituir y atender, si cuenta con la aceptación del beneficiario, mediante la emisión de bonos en las condiciones de mercado que el gobierno establezca y en los términos del Estatuto Orgánico del presupuesto.

Cuando, como consecuencia de una decisión judicial, la Nación o uno de los órganos que sean una sección del presupuesto general de la Nación resulten obligados a cancelar una suma de dinero, antes de proceder a su pago, solicitará a la autoridad tributaria nacional hacer una inspección al beneficiario de la decisión judicial, y en caso de resultar obligación por pagar en favor del Tesoro Público Nacional, se compensarán las obligaciones debidas con las contenidas en los fallos, sin operación presupuestal alguna.

Artículo 30. Revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 6 meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para suprimir y 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 tres Representantes que lo asesoren en el tema propio de acuerdo con las funciones de cada una de ellas".

III. LAS DEMANDAS

Los ciudadanos Luis Antonio Vargas Alvarez y Claudia Mercedes Penagos Correa demandan la inconstitucionalidad de los artículos 13, 14, 18 y 29 transcritos, por ser violatorios de los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 46, 48, 53, 54, 90, 228, 229 y 230 de la Carta Política.

Manifiestan que las cesantías no son salario, pero sí una prestación muy importante para el trabajador, quien al retirarse del empleo encuentra en ellas el único medio para subsistir mientras logra ubicarse nuevamente.

Deducen de lo dicho que el artículo 13 demandado, al querer desaparecer esta prestación, es violatorio de la dignidad humana, del derecho al trabajo y de la seguridad social. Los incentivos que se ofrecen a los trabajadores que han adquirido el derecho a que se les liquiden las cesantías en la forma tradicional, son inconstitucionales, pues son mecanismos de presión, aprovechándose de "las situaciones de emergencia económica de las personas, para obtener de éstas la renuncia a derechos que por su naturaleza son irrenunciables".

En cuanto a las cesantías parciales, tal como están concebidas en el artículo 14 demandado, aduce que se está entrabando su trámite y pago, y los trabajadores no tienen por qué soportar las improvisaciones que se hagan al aprobarse la ley de presupuesto.

En relación con el artículo 18, afirman que se está desconociendo el principio que ordena reconocer "a trabajo igual salario igual", y es inadmisible que si se encarga a una persona, para que cumpla unas determinadas funciones, no se le pague la remuneración correspondiente por ello, por el sólo hecho de que el titular la esté percibiendo. Estas -expone- son circunstancias extrañas que no tienen por qué ser asumidas por el trabajador.

Finalmente manifiestan que se está desconociendo la autonomía de la Rama Judicial, pues con la redacción del artículo 29, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público "se constituye en juez de los jueces", desconociendo las sentencias judiciales. Se atenta contra el debido proceso, pues una vez proferida una sentencia hay que cumplirla y no con posterioridad a ella condicionar su cumplimiento a una previa investigación tributaria. El Estado ya tuvo su oportunidad de defenderse y demostrar la existencia de una compensación y no puede iniciar nuevo proceso para ello (expediente D-1590).

Los ciudadanos Armando Josue Duarte Gómez y Manuel Antinio Aponte Avella, demandan la inconstitucionalidad del artículo 18 aduciendo iguales razones (expediente D-1613).

La ciudadana Maria Elena Vega Valcarcel solicita se declaren inexequibles los artículos 14 y 15, el inciso primero del 18, el inciso segundo del 29, el inciso primero del 30 y el parágrafo del artículo 22.

En cuanto al artículo 14, manifiesta su inconformidad, señalando que las cesantías forman parte de las prestaciones sociales del trabajador. Son -expresa- un ahorro que él hace durante su relación laboral, y por tanto le pertenecen únicamente a él y no al Estado. Son -termina diciendo- un derecho adquirido y el ente estatal no puede condicionar su pago a la existencia de apropiación presupuestal disponible.

El artículo 15 viola los artículos 1, 2, 5, 16, 28, 29 y 83 de la Constitución Política, pues se establece una conducta que debe hacer parte de un ordenamiento disciplinario. Además se desconoce el principio de la buena fe, lo cual atenta contra la libertad de la persona, y al trabajador se le tiene como responsable anticipadamente, sin que se le hubiese oído y vencido en juicio.

Afirma que, con la redacción del primer inciso del artículo 18, se desconoce el principio de la prevalencia del interés general, pues un trabajador no va a querer ascender dentro una entidad mientras no se le reconozca una contraprestación económica por su trabajo, quedando el cargo vacante y causando perjuicio a los ciudadanos que demanden el servicio.

A su juicio, con el parágrafo del artículo 22 se rompe el concepto de igualdad y se consagra un indebido privilegio para las I.P.S oficiales, impidiendo que los trabajadores escojan el médico y el centro asistencial donde desean ser atendidos.

Los argumentos para justificar la inconstitucionalidad del artículo 29 son los mismos expuestos por los actores Luis Antonio Vargas Alvarez y Claudia Mercedes Penagos Correa.

Respecto al artículo 30, afirma que se están violando los artículos 4, 6 y 121 constitucionales, pues la facultad en ellos contemplada es del Congreso, de acuerdo con el artículo 150 C.P. (expediente D-1607).

El ciudadano Dario Giovanni Torregroza Lara demanda la inconstitucionalidad del artículo 26, manifestando que las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, no son, de acuerdo con el artículo 286 de la Carta Política, entidades territoriales. Por tal motivo, con dineros del Fondo Nacional de Regalías no se pueden financiar sus proyectos, por expresa prohibición del artículo 361 constitucional (expediente D-1599).

IV. INTERVENCIONES

El ciudadano Juan Manuel Vega Zaraza presenta escrito mediante el cual apoya la demanda presentada por Maria Elena Vega Valcarcel y agrega, en cuanto al artículo 14 acusado, que realmente sus destinatarios son aquellos trabajadores que no se acogieron al nuevo régimen prestacional contenido en la Ley 50 de 1990 y en el Decreto 1063 de 1991, estableciéndose una clara violación al derecho a la igualdad.

El ciudadano Manuel Avila Olarte, actuando en su calidad de apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presenta escrito en el cual solicita a la Corte declare la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Considera que las cesantías de los servidores públicos no han desaparecido, como erradamente -según su criterio- lo afirman los demandantes, y no constituyen un "seguro de desempleo".

Asegura que lo que se pretende con la ley demandada es cumplir el principio de la legalidad del gasto público, es decir, que cualquier gasto que la administración quiera realizar debe tener previamente una disponibilidad presupuestal y hacerse en forma ordenada, buscando siempre el interés general.

En cuanto al artículo 15 demandado, manifiesta que está orientado a evitar el desorden fiscal, además de que es un deber de todas las personas utilizar los recursos de las cesantías para aquellos fines determinados por el legislador (art. 95 C.P.), no sólo porque el no hacerlo perjudica fiscalmente al Estado, sino por cuanto también afecta a los demás servidores públicos, que también tienen derecho a ellas. La remisión que aquí se hace a la Ley 200 de 1995 es ajustada a la Carta Política y no rompe la unidad de materia.

Expresa que el artículo 18 de la Ley 344 de 1996 es un desarrollo del artículo 122 de la Constitución y por ello no puede ser contrario a la misma Carta.

En cuanto a la contratación con instituciones prestadoras de salud pertenecientes al sector público, afirma que ello es consecuencia del sistema de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y se busca que aquéllas perciban ingresos regulares, no siendo en ningún caso un privilegio, pues también, como las de carácter particular, están obligadas a cumplir los principios de eficacia y eficiencia que orientan la función pública.

Respecto del artículo 26, objeto de acción, manifiesta que la Corte Constitucional reconoció en Sentencia C-593 de 1995, que los recursos que corresponden al Fondo Nacional de Regalías pueden ser destinados a las Corporaciones Autónomas de Desarrollo con el objeto de que cumplan el fin constitucional a ellas asignado.

Afirma que el actor confunde la deuda y el servicio de deuda pública. Con la conversión en deuda pública de las sentencias y conciliaciones, se trata de crear un mecanismo distinto para que el Estado pague las condenas a través de la expedición de títulos, siempre y cuando el beneficiario de las mismas opte por ello. No existe tampoco inconstitucionalidad alguna respecto del inciso 2 del artículo 29, el cual debe ser interpretado en conjunto con la Ley 179 de 1994, y dice que "este fenómeno de la compensación no sólo es un instrumen-

to efectivo de recaudo, sino que el mismo opera en favor del contribuyente, en la medida en que, realizada la misma, el contribuyente deja de ser deudor de la obligación tributaria".

Finalmente aduce que el Presidente de la República, a través de las facultades extraordinarias, puede modificar la estructura de la administración nacional.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las disposiciones demandadas con base en las mismas razones aducidas por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Manifiesta, además, que no se ha despojado a los trabajadores del derecho a sus cesantías. Sólo se estableció -indica- un régimen de liquidación diferente, respetando las situaciones jurídicas consolidadas y buscando la observancia del principio de legalidad del gasto público, principio que tampoco puede desconocerse cuando se acude a la figura del encargo.

El artículo 15 acusado es, a su juicio, una aplicación de los artículos 6, 123 y 124 de la Constitución Política, que facultan al legislador para determinar la responsabilidad de los servidores públicos

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte es competente para decidir en definitiva sobre la constitucionalidad de las normas acusadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. Facultad del legislador para regular hacia el futuro los distintos regímenes de prestaciones sociales

Como lo había destacado esta Corte a propósito del análisis por ella efectuado sobre la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993, la Constitución Política no impone al legislador unos determinados criterios acerca del régimen legal de las prestaciones sociales que se deban pagar a los trabajadores, ni estipula normas que impidan a la ley cambiar hacia el futuro los sistemas de liquidación o determinación de aquéllas, ni obstruye la evolución de la estructura laboral fundada en la ley, siendo claro que le es posible crear nuevas prestaciones, introducir reglas distintas sobre las vigentes y aun sustituir unas por otras, todo sobre la base de que no afecte situaciones jurídicas consolidadas ni pretenda dar a los nuevos ordenamientos efectos retroactivos -a menos que sean indudablemente benéficos para los trabajadores- o atribuirles consecuencias contrarias a garantías laborales mínimas señaladas en la Constitución.

Así lo señaló la Sentencia C-529 del 24 de noviembre de 1994:

"Desde luego, no se puede perder de vista que en lo referente a prerrogativas reconocidas por el sistema jurídico a los trabajadores y bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, el legislador carece de atribuciones que impliquen la consagración de normas contrarias a las garantías mínimas que la Carta Política ha plasmado con el objeto de brindar protección especial al trabajo. Por ello, no puede desmejorar ni menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, como perentoriamente lo establece el artículo 53 de la Constitución.

El análisis correspondiente habrá de ser efectuado en cada caso, teniendo en cuenta si en concreto una determinada disposición de la ley quebranta las expresadas garantías constitucionales.

Pero de allí no se sigue que las normas legales de carácter laboral sean inmodificables. Ocurre sí que no pueden tener efecto negativo sobre situaciones jurídicas ya consolidadas a la luz de las disposiciones que las anteceden.

En cuanto a la posible desmejora de derechos y garantías laborales consagrados genéricamente en leyes anteriores, solamente puede establecerse que ella se configura si se acude al examen de una determinada disposición o de un conjunto de normas que materialmente impliquen una contradicción con la preceptiva constitucional.

La sola derogación del mandato legal que consagraba una garantía no implica **per se** la desmejora laboral, pues bien puede acontecer que mediante otras disposiciones el legislador la haya restablecido o inclusive mejorado o complementado".

En verdad, tal criterio no se opone a la protección especial que merece el trabajo, según lo establecido en el Preámbulo de la Constitución y en sus artículos 25 y 53, ya que no puede suponerse que, cuando se dictan normas legales que modifican el sistema vigente en materia laboral, ello se hace con el fin de desmejorar las condiciones de remuneración y de garantía de las cuales el orden jurídico rodea las relaciones de trabajo, o de desconocer conquistas sociales de los trabajadores.

Claro está -se reitera-, las nuevas reglas que el legislador introduzca no pueden afectar los derechos adquiridos, la dignidad humana ni la libertad de los trabajadores, según lo establece claramente el artículo 53 de la Constitución Política.

De la misma manera, si se parte del supuesto de que resulte indispensable introducir correctivos a la normatividad en vigor por razones de carácter económico o social, en cuya virtud algunos de los trabajadores en ejercicio se vean beneficiados por el nuevo sistema mientras que otros, dado el tiempo transcurrido, podrían sufrir perjuicio, no es permitido a la ley forzar, sin ninguna clase de distinciones, la incorporación de todos a la misma normatividad.

En otras palabras, con la salvedad hecha sobre beneficios incontrovertibles para los tra-

bajadores, los cambios que contemple la nueva legislación únicamente pueden hacerse obligatorios para las relaciones laborales futuras, es decir, las que se entablen después de haber entrado aquélla en pleno vigor, y, en consecuencia, excepto el caso de anuencia expresa y enteramente voluntaria del trabajador afectado, no es admisible cobijar bajo las nuevas disposiciones las situaciones jurídicas nacidas a partir de vínculos de trabajo que se venían ejecutando al producirse la reforma. Respecto de ellas, el único que puede optar por incorporarse al régimen posterior, pudiendo permanecer en el antiguo, es el empleado, libre de toda coacción externa y bajo el supuesto de su mejor conveniencia.

Tampoco cabe introducir elementos normativos que impliquen la ruptura de la igualdad, ni disposiciones que comporten deterioro de las condiciones dignas y justas en que debe prestarse todo servicio, según perentorio mandato del artículo 25 C.P.

En sentencias C-529 del 24 de noviembre de 1994 y T-418 del 9 de septiembre de 1996 esta Corte sostuvo:

"El Estado se encuentra obligado a asegurar que las relaciones laborales se desenvuelvan en condiciones dignas y justas y a velar por el permanente respeto de los empleadores, públicos o privados, a las garantías mínimas de los trabajadores, por la adecuada remuneración de sus servicios y por el pago oportuno de sus prestaciones.

El artículo 53 de la Constitución, a cuyos principios mínimos está sujeto el legislador y lo están, por supuesto, el Gobierno y los jueces, dispone la igualdad de oportunidades para los trabajadores, en desarrollo del principio general de la igualdad, que, de conformidad con el artículo 13 **Ibídem**, proscribe toda forma de discriminación o preferencia injustificada.

Aunque, como lo ha declarado esta Corte, el legislador tiene competencia para introducir modificaciones a la normatividad laboral y puede, en consecuencia, plasmar cambios en el contenido de las prestaciones sociales, crear nuevas modalidades de ellas y señalar condiciones y requisitos aplicables a las relaciones laborales futuras, es lo cierto que no goza de atribuciones para instituir o propiciar distinciones no sustentadas en motivos fundados y razonables, para desconocer los derechos de los trabajadores ni para menoscabar su libertad". (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996).
(...)
"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.
(...)
Como se observa, los límites que surgen del sistema constitucional para que el legis-

lador ejerza este normal atributo, inherente a su función, son tan sólo de índole formal, jamás materiales o sustanciales. La ley podrá siempre modificar, adicionar, interpretar o derogar la normatividad legal precedente, sin que sea admisible afirmar que en el ordenamiento jurídico existen estatutos legales pétreos o sustraídos al poder reformador o derogatorio del propio legislador". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-529 del 24 de noviembre de 1994).

"Desde luego, no se puede perder de vista que en lo referente a prerrogativas reconocidas por el sistema jurídico a los trabajadores y bajo la perspectiva del Estado Social de Derecho, el legislador carece de atribuciones que impliquen la consagración de normas contrarias a las garantías mínimas que la Carta Política ha plasmado con el objeto de brindar protección especial al trabajo. Por ello, no puede desmejorar ni menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, como perentoriamente lo establece el artículo 53 de la Constitución.

El análisis correspondiente habrá de ser efectuado en cada caso, teniendo en cuenta si en concreto una determinada disposición de la ley quebranta las expresadas garantías constitucionales". (Cfr. C-529 del 24 de noviembre de 1994).

"Por tanto, el tránsito de un determinado sistema salarial o prestacional a otro no puede implicar el establecimiento de categorías o castas de trabajadores, ni la pérdida, por parte de algunos de ellos, de los derechos mínimos reconocidos directamente por la Constitución.

El cambio de legislación no puede llevar a que los trabajadores que queden cobijados por las nuevas modalidades de protección de sus derechos laborales -que no otro puede ser su contenido- queden marginados de la igualdad de oportunidades ante la ley; de la remuneración mínima vital y móvil; de la proporcionalidad entre la remuneración y la cantidad y calidad de trabajo; de la garantía de estabilidad en el empleo; de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; de la seguridad en el sentido de que no serán forzados o estimulados a transigir o conciliar sobre derechos ciertos e indiscutibles; de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del Derecho; de la primacía de la realidad sobre las formalidades; de las garantías de seguridad social, capacitación, adiestramiento y descanso necesario, ni de la protección laboral especial para las mujeres, las madres y los menores.

De ninguna manera las reformas del sistema jurídico en materia laboral pueden llevar consigo la pérdida o la relativización del derecho que tiene todo trabajador, por el hecho de serlo, con independencia del régimen laboral que lo cobije, al pago puntual y al reajuste periódico de salarios, pensiones y prestaciones sociales, ni al justo e inalienable derecho de reclamar que se le reconozcan intereses moratorios, acordes con la tasa real vigente en el mercado, cuando el patrono -oficial o privado-, la respectiva entidad de seguridad social o el fondo de pensiones y cesantías al que pertenece, según el caso, incurre en mora en el pago o cubrimiento de tales factores". (Cfr. Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996).

3. La unidad de materia. Las leyes marco. Exclusividad de la función del Congreso en asuntos de estricta reserva legal

La Ley 344 de 1996, de la cual hacen parte las disposiciones demandadas, tiene por objeto dictar normas tendientes a la racionalización del gasto público.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte sobre el alcance del principio constitucional de unidad de materia -que aquí se reitera-, no se encuentra motivo de inconstitucionalidad por ese aspecto en la norma del artículo 13 recién estudiado, ni en los demás de la Ley, pues resulta ostensible que la liquidación anual de cesantías y las reglas que se establecen sobre pagos parciales o anticipos de dicha prestación y en torno a la contratación preferente de I.P.S. oficiales, así como las disposiciones sobre encargos y acerca del cumplimiento de sentencias judiciales, confluyen al objetivo básico de la ley -la reducción del gasto- y repercuten en la disminución de cargas laborales en cabeza de la administración.

No se olvide lo que sostuvo la Corte en Sentencia C-390 del 22 de agosto de 1996:

"Toda ley del Congreso está sometida a las disposiciones constitucionales relativas a su expedición y contenido, por lo cual, no obstante gozar el Congreso de facultad o competencia para legislar en determinada materia, resulta inconstitucional la normatividad que expida si, al hacerlo, desconoce o inaplica los preceptos generales que la Constitución consagra.

Dos preceptos superiores buscan delimitar el contenido de las leyes, con el fin de garantizar que en sus textos no serán introducidos de manera sorpresiva, inopinada o subrepticia reglas que no hacen parte del asunto que el legislador ha escogido para cumplir su función.

Es claro que esos perentorios mandatos del Constituyente están encaminados a lograr que la tarea legislativa se concentre en puntos claramente definidos por el mismo Congreso, con el objeto de brindar a los destinatarios de las leyes seguridad jurídica y adecuado marco para la interpretación y aplicación de las mismas.

Los artículos aludidos son los números 158 y 169 de la Constitución, en los cuales se dispone respectivamente que "todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella" y que "el título de las leyes deberá corresponder **precisamente** a su contenido" (subraya la Corte).

La delimitación constitucional está deferida, entonces, doblemente al Congreso, pues este se halla obligado a definir con precisión, como lo exige la Carta, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias en que se ocupe al expedir esa ley, y simultáneamente ha de observar una estricta relación interna, desde el punto de

vista sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, para que todas ellas estén referidas a igual materia, la cual, desde luego, deberá corresponder al título de aquélla.

En ese orden de ideas, es el propio legislador, en cada caso, el encargado de establecer los criterios con arreglo a los cuales se pueda verificar después si en efecto hay correspondencia entre el título de la ley y su contenido, y si existe unidad de materia en los artículos, relacionados entre sí.

Si el Congreso ha previsto él mismo unos confines aplicables a su actividad legislativa, independientemente de la competencia que tenga para legislar sobre ciertos temas, viola la Constitución cuando incluye cánones específicos que, o bien no encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado.

Estos principios se han reafirmado y aplicado en varias providencias de la Corte.

Empero, no pueden ser entendidos dentro del criterio de una rigidez formal por cuya virtud se desconozcan o ignoren las relaciones sustanciales entre normas que, en apariencia, se refieren a materias diversas pero cuyos contenidos se hallan ligados, en el ámbito de la función legislativa, por las finalidades perseguidas, por las repercusiones de unas decisiones en otras, o, en fin, por razones de orden fáctico que, evaluadas y ponderadas por el propio legislador, lo obligan a incluir en un mismo cuerpo normativo disposiciones alusivas a cuestiones que en teoría pueden parecer disímiles.

Esto resulta particularmente cierto ante las responsabilidades que asume el Congreso como parte vital del Estado Social de Derecho, el cual, por fuerza, para alcanzar las metas a él inherentes, debe consultar elementos en principio distintos y ajenos, pero concatenados entre sí por multitud de circunstancias de la vida real, convertidas en factor condicionante de su tarea.

A nadie se oculta, entonces, que si bien la seguridad social -materia prevaleciente en la Ley 100 de 1993- se presenta como objeto de labor legislativa fácilmente separable de la que implica el poder de imposición del Estado, pueden vincularse desde el punto de vista material cuando, como en el proceso presente, se aprecia que, para el adecuado e integral cumplimiento de los cometidos sociales subyacentes a esa normatividad, son indispensables la canalización de recursos y el arbitrio rentistico, lo que, dentro de un sistema ordenado y previamente concebido por el legislador, aconseja el uso de las atribuciones constitucionales del Congreso para incorporar, en un solo haz normativo, las reglas que, a su juicio, son aptas para la finalidad propuesta, como ocurre con el Fondo de Solidaridad creado y con la necesaria referencia a las fuentes que lo alimentan, una de las cuales son los tributos objeto de demanda.

No sobra advertir que la unión sustancial que puede establecer el legislador,

cobijando elementos aparentemente diversos en un solo conjunto legislativo, debe fundarse en razones **objetivas** y que, por tanto, las reglas constitucionales sobre unidad de materia no son transgredidas cuando la relación entre los varios asuntos tratados en la ley puede ser establecida de manera fehaciente y clara, como a todas luces se muestra en este caso. Los mandatos constitucionales al respecto son vulnerados, en cambio, cuando el vínculo invocado es apenas subjetivo o si, pese a cualquier esfuerzo dialéctico, aparece como indudable la diversidad de las materias tratadas en la ley respecto del conjunto normativo que integra. Así acontece con los denominados "micos" o proposiciones normativas artificialmente agregadas a un estatuto con el que no guardan la más mínima relación".

Considera la Corte que todos los temas tratados en las normas enjuiciadas tienen un denominador común -cumplir el objetivo de racionalización y disminución del gasto público- y que ese elemento, sustancialmente resultante de los textos mismos sometidos a examen, atiende a todas luces los requisitos constitucionales sobre unidad de materia; con lo cual se desvirtúa de plano el cargo formulado.

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.

La Corte, en Sentencia C-465 del 16 de julio de 1992 (M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón) sintetizó así los rasgos característicos de las leyes en mención:

"El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.

2o. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.

3o. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.

4o. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.

5o. Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

6o. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o "marcos" dados por el legislador en la respectiva Ley".

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.

El inciso final de la norma examinada autoriza al Gobierno para establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la ley tenían régimen de cesantías con retroactividad se acojan al nuevo sistema.

Esta parte del precepto es abiertamente inconstitucional, toda vez que representa una autorización indeterminada, tanto desde el punto de vista material como desde el temporal, para que el Ejecutivo cumpla una función indudablemente legislativa.

En efecto, corresponde al Congreso de la República de manera exclusiva establecer las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración (art. 150, numeral 11, C.P.)

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 (art. 345 C.P.)

Según el artículo 347 de la Constitución, el proyecto de ley de apropiaciones que se lleva a la aprobación del Congreso deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva.

Si el Gobierno, a partir de la norma examinada, puede establecer incentivos para los trabajadores estatales con el objeto de que, aun contra su conveniencia económica derivada

de la forma de liquidación de cesantías que se les viene aplicando, se acojan al nuevo, tendrá que incurrir el Estado en los gastos correspondientes a esos estímulos. El Ejecutivo sería el encargado de fijarlos cuantitativa y cualitativamente, sin límites -pues la norma no los fija- y sin término, en evidente transgresión a lo establecido constitucionalmente.

El Congreso ha delegado en el Ejecutivo una función propia indelegable que solamente en los estados de excepción puede asumir aquél, como lo ha recordado la Corte en reciente fallo, al declarar inexequible el artículo 31 de la Ley 333 de 1996 (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-409 del 28 de agosto de 1997).

Se dirá que los estímulos mencionados no necesariamente son de naturaleza económica. ¿Y, entonces, de qué tipo pueden ser?

A juicio de la Corte, no podrían consistir en ascensos o promociones dentro de los organismos o entidades a los que pertenezca el trabajador, pues según el artículo 125 de la Constitución, el progreso en el rango de los empleos tiene por único fundamento la verificación objetiva de los méritos y calidades de los aspirantes.

Tampoco tendría lugar la autorización si se tratara de estímulos consistentes en asegurar, en cualquier campo, la prelación, la exclusividad o el trato diferente, desde el punto de vista laboral o administrativo, programas preferenciales de vivienda o educación, o de otra índole, por cuanto ello implicaría injustificada discriminación, ya proscrita por la jurisprudencia en cuanto violatoria del derecho a la igualdad (Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996), en contra de quienes no quieran acogerse al nuevo sistema.

El parágrafo del artículo 13 acusado deja a salvo los regímenes especiales que la ley haya establecido o pueda establecer para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, lo cual se aviene a la Constitución Política.

4. Sujeción a apropiación presupuestal para cesantías parciales

Salvo las expresiones "reconocerse, liquidarse y", la primera parte del artículo 14 acusado, se ajusta a la Constitución, pues no hace sino desarrollar los mandatos que se acaban de citar sobre la necesidad de partida presupuestal disponible para todo gasto público.

En efecto, aun habiendo reconocido una cesantía parcial o un anticipo de cesantía, y siendo claro que el trabajador tiene derecho a su pago, éste no puede producirse de manera inmediata si en el presupuesto de la respectiva vigencia no ha sido prevista la apropiación presupuestal que permita a la administración disponer de los fondos correspondientes. De manera que esta exigencia legal encuentra sustento en la Carta Política.

No ocurre lo mismo con el reconocimiento y liquidación de las cesantías parciales, que no pueden negarse al trabajador so pretexto de no existir partida presupuestal, ni supeditarse a ella, pues son actos que apenas hacen explícita una obligación ya existente en cabeza del organismo estatal y, lo más importante, el correlativo derecho del trabajador solicitante, quien según las normas jurídicas en vigor, si se somete a esos requisitos, puede pedir que

se le reconozcan y liquiden las sumas que por tal concepto le es posible retirar.

Por ese motivo, esta Corporación, en Sala de tutela, por Sentencia T-228 del 13 de mayo de 1997, inaplicó las aludidas expresiones a casos concretos, dada su ostensible oposición a los artículos 53 y 345 de la Constitución Política.

Dijo así la Sala Quinta de Revisión:

"Dicha norma, en cuanto hace a la liquidación y reconocimiento de cesantías, es inconstitucional, puesto que desconoce abiertamente el artículo 53 de la Carta, a cuyo tenor "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana **ni los derechos de los trabajadores**" (subraya la Corte). Y es claro que, para todo trabajador es un verdadero derecho el que tiene a pedir que se le liquiden y reconozcan sus prestaciones sociales, entre ellas la cesantía, total o parcial, cuando cumple los requisitos contemplados en la ley, independientemente de la existencia de partidas presupuestales. Pero, además, existe una evidente contradicción entre la norma legal transcrita, en lo que concierne a la liquidación y reconocimiento, y el artículo 345 de la Carta Política, que refiere la prohibición en él contenida exclusivamente **a las erogaciones** con cargo al tesoro no incluidas en el presupuesto.

Con arreglo al artículo 4 de la Constitución Política, esta Corte inaplicará las palabras "reconocerse, liquidarse y...", incluidas en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, y aplicará, a cambio de ellas, lo previsto en los artículos 53 y 345 de la misma Carta".

Las enunciadas razones son suficientes para declarar inexequibles los indicados términos.

El mismo artículo 14 de la Ley 344 de 1996 establece que en los presupuestos públicos anuales podrán incluirse las apropiaciones legales para el pago de cesantías parciales o anticipos de cesantías, y para reducir el rezago existente respecto del monto de solicitudes, lo cual se acomoda a las prescripciones constitucionales, pues no solamente permite la adecuación de las conductas administrativas en materia de preparación del presupuesto a las perentorias reglas del artículo 53 de la Constitución, y sirve a los fines de satisfacer los derechos de los trabajadores, sino que desarrolla a cabalidad los principios de igualdad, eficacia, economía y celeridad, que rigen la función administrativa, según el artículo 209 de la Carta Política.

Eso sí, debe advertirse -y en tal sentido se condiciona la exequibilidad- que la norma no fija un **tope** anual, o un máximo del diez por ciento del rezago, como meta para atender solicitudes represadas, sino un **mínimo**, una base necesaria, imperativa, por debajo de la cual los resultados de la gestión administrativa no pueden descender, pero el objetivo acorde con la Constitución consiste en la agilización global de las solicitudes y reconocimientos pendientes de pago, en cuanto la mora causa grave daño a los trabajadores y compromete disciplinariamente a los servidores públicos responsables de ella, contra los cuales el Ministerio Público debe iniciar investigaciones disciplinarias, de oficio o a solicitud de los

peticionarios, sin perjuicio del pago indexado de las sumas debidas. Este es obligatorio, según la jurisprudencia de la Corte, para evitar que se traslade al trabajador -por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda- el efecto negativo de la ineficiencia y la indolencia administrativas:

"Para la Corte es claro que los dineros de las cesantías pertenecen a los trabajadores y que cuando ellos, de conformidad con las normas vigentes y cumpliendo los requisitos legales, hacen uso de su derecho a reclamarlas parcialmente, una vez que los valores respectivos les han sido liquidados, tienen derecho también a que las sumas correspondientes les sean desembolsadas. Como se dijo en Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996, si el momento del pago de las cesantías parciales se hace depender de que el trabajador hubiere optado por uno u otro régimen laboral, cancelando con rapidez unas y demorando otras, además de que se viola el derecho a la igualdad por la diferencia injustificada de trato, se castiga con el retardo a ciertos trabajadores por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, al paso que los demás no la padecen.

Ya expresó la Corte al respecto que "la necesidad de recibir los dineros de sus cesantías, que pertenecen a los trabajadores y no al Estado, no es menor en el caso de quienes prefirieron el nuevo régimen que en el de quienes permanecieron en el antiguo". Lo cual pone de presente el perjuicio ocasionado al trabajador a quien el pago se ha demorado.

En efecto, una vez liquidada la suma que en ese momento puede retirar el empleado, lo normal sería que se le entregara, toda vez que él cuenta con ella para atender a las necesidades que según la ley justifican el retiro de la cesantía parcial. El retardo de la administración le causa daño económico, bien sea por la pérdida de la oportunidad de utilización efectiva de los fondos, ya por la necesidad de contratar créditos mientras el desembolso se produce.

Bien es cierto que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias.

Así, si el trabajador, mientras se produce el pago efectivo, ha contratado un empréstito y debe pagar unos intereses, sería del todo injusto y profundizaría la desigualdad respecto del empleado a quien sí se cancela con rapidez la cesantía parcial, pretender que aquél no tenga derecho a la actualización monetaria de las cantidades que la administración le adeuda.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-418 del 9 de septiembre de 1996, dejó en claro que los obligados al pago de salarios, prestaciones y pensiones deben asumir, además del cubrimiento íntegro de las sumas correspondientes, la actualización de los valores que hayan venido reteniendo a los trabajadores, desde el momento en que adquirieron el derecho al pago hasta el instante en que éste se produzca efectivamente.

Tal actualización, según lo destacó la Sala Plena en Sentencia C-448 de 1996, desarrolla claros principios constitucionales, en especial el que surge del artículo 53 C.P., a cuyo tenor la remuneración laboral debe ser **móvil,** a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo que se logra normalmente mediante la indexación de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia SU-400 del 28 de agosto de 1997).

Entendida de otra manera, la referencia legal al diez por ciento (10%) del retraso sería inconstitucional, pues significaría aceptación, proveniente del legislador, de la ineficiencia de las autoridades públicas, la cual, de ese modo, se extendería indefinidamente, permitiéndoles que cada año dejaran sin solución presupuestal el noventa por ciento de las solicitudes acumuladas de cesantías parciales, en clara oposición a los artículos 53 y 209 de la Carta Política.

5. Inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias indeterminadas

El artículo 15 impugnado declara que incurrirán en las sanciones establecidas en la Ley 200 de 1995 (Código Unico Disciplinario) los servidores públicos que destinen sus cesantías parciales para fines diferentes a los establecidos en las disposiciones legales y quienes teniendo como función velar por la correcta aplicación de tales recursos, no realicen el debido seguimiento.

No vacila la Corte en afirmar que, si la ley señala la destinación que debe darse a las cesantías parciales por parte de los trabajadores que las solicitan, resulta violada cuando ellos, asaltando la buena fe de la administración, llevan el producto de lo parcialmente pagado a objetos distintos de los debidos.

Ese comportamiento, a juicio de la Corte, debe ser sancionado, pero, claro está, únicamente puede serlo sobre la base del debido proceso, que tiene aplicación en materia disciplinaria.

El artículo 29 de la Constitución señala que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Eso significa que no sólo las conductas proscritas por la ley y que dan lugar a sanciones

(en materia disciplinaria, las faltas) deben estar contempladas con precisión, de tal manera que en el caso concreto el comportamiento observado por la persona encaje exactamente en la descripción normativa, sino que también las penas, castigos o sanciones tienen que predeterminarse en la norma general respectiva, de tal manera que entre la conducta y su consecuencia jurídica exista una relación directa.

Ello impide que quien aplica las sanciones pueda, respecto de conductas iguales y bajo idénticas circunstancias, escoger la pena o sanción que habrá de imponer.

Obviamente, en el campo disciplinario, como en el estrictamente penal, es posible que el legislador señale un margen de apreciación y de graduación de las sanciones, para que dentro de los límites legales, quien impone la pena o la sanción pueda obrar previa la evaluación de las circunstancias, los atenuantes y los agravantes que deban tenerse en cuenta para determinar el monto de aquéllas.

Pero una cosa es permitir que así suceda y otra bien distinta remitir de manera absoluta e indeterminada una cierta conducta a las sanciones, muy diversas, que otro estatuto legal contiene.

En efecto, el comportamiento censurado en la norma que se examina ha debido tener en ella su sanción correspondiente, clara e indudablemente determinada.

Se viola la garantía constitucional del debido proceso, y específicamente el principio de legalidad de la sanción, cuando se remite indiscriminadamente al infractor a "las sanciones establecidas en la Ley 200 de 1995", que son once posibles, según el artículo 29 de aquél estatuto. La conducta descrita no está allí incluida, a no ser por remisión de unas normas a otras, lo cual significa que en la práctica no se sabe a ciencia cierta cuál es la sanción aplicable, quedando a discreción de quien aplica el precepto la escogencia del castigo que cada persona merezca.

6. Los encargos

Consagra el primer inciso del artículo 18 acusado que los servidores públicos a quienes se encargue de asumir empleos, diferentes de aquéllos para los cuales fueron nombrados, cuando estuviere ausente su titular, no tienen derecho a percibir la remuneración correspondiente al empleo que desempeñan temporalmente, mientras el titular la esté devengando.

Debe tenerse en cuenta, para comenzar, que el Decreto-ley 2400 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1950 de 1973, prevén las distintas situaciones administrativas en que se encuentran los empleados públicos vinculados a la administración: 1) en uso de licencia o permiso; 2) en comisión; 3) ejerciendo las funciones de un empleo por encargo; 4) prestando el servicio militar obligatorio; 5) en servicio activo; 6) en vacaciones; o 7) suspendido en el ejercicio de sus funciones.

De estas situaciones administrativas sólo dos no dan derecho al pago de remuneración;

ellas son, las licencias renunciables sin sueldo hasta por sesenta (60) días al año contenidas en el artículo 19 del Decreto-ley 2400 de 1968 y la licencia para prestar servicio militar obligatorio de que trata el artículo 24 del mismo ordenamiento. Las demás situaciones administrativas dan lugar al pago de la correspondiente remuneración[1].

En relación con la situación administrativa "por encargo", la ley distingue entre aquel que tiene lugar por falta temporal o el que se presenta por falta definitiva. Sobre el particular, anota la Corte que el encargo aparece definido en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto-ley 2400 de 1968, el cual expresa: "Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo". Por su parte, el artículo 23 del Decreto-ley 2400 de 1968, refiriéndose a la duración del encargo prescribe: "Cuando se trate de ausencia temporal el encargo podrá conferirse hasta por el término de aquélla y en caso de vacante definitiva hasta por un plazo máximo de tres (3) meses. Vencido este término el encargado cesará automáticamente en el ejercicio de tales funciones y el empleo deberá proveerse de acuerdo con los procedimientos normales". Y el artículo 37 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973, haciendo mención al sueldo durante el encargo señala: "El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular".

Ahora bien, si el encargo opera para un empleado público y tiene por finalidad que éste asuma total o parcialmente las funciones de empleos diferentes de aquel para el cual ha sido nombrado por ausencia temporal o definitiva de su titular, resulta pertinente determinar cuál de estas situaciones se presenta. Si se trata de una ausencia temporal, como la planteada en la norma que se analiza, el encargo se conferirá por el término de la misma; y si se trata de ausencia definitiva, el encargo no podrá exceder de tres meses. En este último caso -ausencia definitiva-, el empleado encargado tiene derecho a recibir el sueldo correspondiente al empleo para el cual ha sido encargado, pues por tratarse de vacancia definitiva de su titular, éste ha dejado de ocupar el cargo y, por tanto, también ha dejado de recibir el sueldo correspondiente.

Tratándose de ausencia temporal, la cual genera el encargo temporal, la misma es por esencia transitoria y, por tanto, el encargo durará, como máximo, el término dispuesto para la ausencia definitiva cual es, según la norma anteriormente citada, de tres (3) meses. Obsérvese, que la ausencia temporal del empleado supone de todas maneras su vinculación en el cargo del cual es titular, aún cuando circunstancias de orden administrativo o de otro orden, no le permitan, transitoriamente, estar al frente del mismo. Por tanto, el hecho de seguir vinculado a su cargo original lo habilita para continuar recibiendo la correspondiente remuneración y las prestaciones sociales a que tenga derecho; de allí que el empleado encargado no pueda recibir la remuneración del empleo para el cual ha sido asignado provisionalmente, pues ello supondría una doble carga prestacional para la Administración

---

1 Cfr. Concepto del Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Septiembre 5 de 1987. Consejero Ponente, Dr. Jaime Betancur Cuartas.

pública por un mismo empleo y, además, una doble remuneración para el encargado, quien, dada la naturaleza excepcional y transitoria del encargo, en ningún momento deja de recibir el salario correspondiente al empleo que originalmente desempeña y al cual regresará luego de cumplido el encargo. En efecto, el empleado público, al variar su situación administrativa en aquella denominada encargo, tendrá derecho a recibir la remuneración del empleo en el cual ha sido encargado, "...siempre que no sea percibido por su titular" (art. 37 D.R. 1950 de 1973)[2].

Así, permitir que quien desempeña un empleo por encargo temporal reciba la asignación del titular estando éste devengándola, contraviene lo dispuesto en los artículos 122 y 128 de la Constitución Política que expresamente señalan:

> **"Artículo 122.** No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente."

> **"Artículo 128.** Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley."

El encargo temporal, es entonces una situación administrativa de creación legal que le permite al Estado sortear las dificultades que puedan presentarse en los casos de ausencia temporal o definitiva de un empleado cuya labor es indispensable para la atención de los servicios a su cargo. Se trata realmente, de una medida de carácter excepcional que igualmente enfrenta situaciones excepcionales o de urgencia y que se cumple en lapsos cortos[3]. Ella encuentra fundamento en el inciso 2o. del artículo 123 de la Carta Política, que dice: "los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".

Por ello, no considera la Corte que la norma bajo estudio sea inconstitucional y establezca una discriminación en contra del servidor público bajo encargo, por no recibir el salario percibido por su titular, pues como lo ha reconocido la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, el derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, no puede ser entendido como una igualdad matemática que le impida al legislador regular tratamientos diferentes con respecto de aquellos casos que presentan características diversas, producto de las distintas situaciones en que se desenvuelven los sujetos.

La igualdad, evidentemente, busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas. Sin embargo, la existencia de la igualdad no limita la posibilidad de que pueda darse un tratamiento diferente para hechos

---

2 Cfr. Ibidem.
3 Cfr. Ibidem.

que se encuentran cobijados bajo una misma premisa, siempre que la diferencia esté amparada por una razón clara y lógica que la convalide y que la doctrina constitucional ha denominado "principio de razón suficiente". Por ello, el establecer formas de diferenciación y tratamientos distintos no necesariamente conduce a una discriminación, pues a ésta sólo se llega cuando la diferencia no es el resultado de una justificación razonable y lógica.

En el caso de la norma acusada, lo que busca el legislador con su consagración, como ya se ha dicho, es suplir una necesidad pública de servicio cuya atención es indispensable para dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado, relacionados con el servicio a la comunidad y la prosperidad general (art. 2 C.P.), pero garantizando su continuidad y eficiencia con arreglo a criterios de economía y racionalización de los costos operativos que puede llegar a demandar su ejercicio. En este punto no sobra recordar que, según los postulados consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad e imparcialidad, entre otros. Igualmente, la norma citada le impone a las autoridades administrativas el deber de coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Por lo demás, debe insistirse en que la situación prevista en la norma acusada es eminentemente transitoria y, por lo 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 de 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, quien lo desempeña en razón de haber reunido la plenitud de los requisitos exigidos para ello, a juicio del nominador, y con carácter permanente, mientras goce, naturalmente, de la confianza de éste, si se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, o cumpla a cabalidad con las funciones propias del cargo, si es de carrera.

7. La libre competencia en la afiliación al sistema de seguridad social en salud

El artículo 22 demandado se limita a enunciar la libre competencia en la afiliación al sistema de seguridad social en salud y en la prestación de los servicios de salud subsidiados, para el caso de las entidades territoriales, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 48 y 333 de la Carta. De manera que no existe incompatibilidad alguna entre la norma demandada y la Constitución.

Téngase presente que, de acuerdo con el artículo 287 de la Constitución, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, pero "dentro de los límites de la Constitución y la ley".

Así lo disponen también los artículos 300, 305, 313 y 315 del Estatuto Fundamental, en cuanto al ejercicio de las competencias correspondientes a los distintos órganos de tales entidades.

Por otra parte, al tenor del artículo 49 de la Constitución, "corresponde al Estado orga-

nizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley".

Y, en cuanto a los servicios públicos, uno de los cuales es el de la salud, señala el artículo 365 de la Carta Política:

> "Los servicios públicos estarán sometidos al **régimen jurídico que fije la ley,** podrán ser **prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares.** En todo caso, el Estado mantendrá la **regulación,** el **control** y la **vigilancia** de dichos servicios".

En otro aspecto, si bien es cierto que la disposición examinada establece que las Administradoras de Régimen Subsidiado contratarán por lo menos el 40% con I.P.S oficiales, ello no implica violación al derecho a la igualdad ni transgresión a principios o preceptos superiores, ya que el artículo 48 de la Carta Política establece que la ley determinará si la seguridad social es prestada por entidades públicas o privadas, y en tal medida puede entonces determinar el porcentaje de contratación con entes oficiales o particulares para la prestación del mencionado servicio público.

Desde luego, los trabajadores gozan de plena libertad para escoger la I.P.S, los centros asistenciales y los médicos que los puedan atender, sin que sea permitido a la entidad para la cual laboran ni a la correspondiente ARS señalar cuáles de aquéllos serán atendidos por las I.P.S oficiales, forzándolos a tomar sus servicios, pues ello, además de vulnerar la libertad del trabajador, significaría abierto desconocimiento del principio de igualdad.

En tales términos se condicionará la exequibilidad.

8. Recursos del Fondo Nacional de Regalías

La Corte considera que el artículo 26 de la Ley 344 de 1996, objeto de proceso, se aviene a las disposiciones constitucionales.

En efecto, aunque las corporaciones autónomas regionales no son en estricto sentido entidades territoriales -en los términos del artículo 286 de la Constitución-, los recursos provenientes del Fondo Nacional de Regalías llegan finalmente a los departamentos y municipios, pues expresamente se destinan, al tenor del precepto demandado, a la financiación de gastos relativos a la protección del medio ambiente, lo que a tales entidades territoriales interesa.

No se vulnera, entonces, el artículo 361 constitucional según el cual, "con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, se creará un Fondo Nacional de regalías **cuyos recursos se destinarán a entidades**

territoriales en los términos que señale la ley. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo **de las respectivas entidades territoriales**" (se subraya).

Los términos que debe señalar la ley son precisamente los consignados en el artículo materia de examen.

No puede olvidarse que la Corte, mediante Sentencia C-593 del 7 de diciembre de 1995, declaró exequibles varios artículos de la Ley 161 de 1994. Al sustentar esa determinación, la Corte sostuvo:

"Para la Corte no se configura la supuesta violación de los artículos 360 y 361 de la Constitución Nacional, y no le asiste la razón al demandante cuando afirma que al establecerse en la norma señalada que el "patrimonio y las rentas" de Cormagdalena estarán conformados, entre otros recursos, por los que corresponda de acuerdo con la ley que reglamente, al Fondo Nacional de Regalías, pues en su concepto dichos bienes les corresponderían como propiedad a los departamentos y municipios. Observa la Corte que en este caso no se trata de un recurso que haga parte del patrimonio de Cormagdalena, ni que constituya una renta propia; se trata de una renta que ingresa para ser administrada e invertida en los departamentos y municipios de la jurisdicción de Cormagdalena y especialmente en los municipios ribereños.

En concepto de la Corte, de lo dispuesto por la norma acusada no se desprende violación alguna a los artículos 360 y 361 de la Carta Política, pues no obstante que los derechos a las regalías que dichos preceptos constitucionales establecen como contraprestación económica en favor del Estado, corresponden según lo determinan tales preceptos con claridad, en el porcentaje fijado por el legislador a los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como a los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, es claro que ellas son del Estado y que los departamentos y municipios tienen derecho a participar en su distribución. También le corresponde al legislador en este caso definir su administración dentro de la naturaleza del recurso y, en buena medida, desarrollar la destinación constitucional que debe dárseles. Al respecto, esta Corporación definió el tema en la sentencia No.C-567 de noviembre 30 de 1995.

De otra parte, con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados directamente a dichas entidades territoriales o a los puertos marítimos y fluviales mencionados, se creará, de acuerdo con lo previsto en el artículo 361 de la Carta, un Fondo Nacional de Regalías, cuyos recursos se destinarán igualmente a entidades territoriales en los términos que señale la ley, de tal manera que la norma acusada se ajusta plenamente a estas prescripciones constitucionales, cuando prevé que una parte de las regalías que administra el Fondo Nacional de Regalías, pueden conformar una de las rentas de un ente que no es, según la Carta Política, una entidad territorial, claro está, esta renta no es propia de Cormagdalena y por ello debe

aplicarla a gastos de inversión en los departamentos y municipios de su jurisdicción.

Pero, de otra parte también es cierto que el inciso segundo del artículo 331 de la Carta Política establece que la ley señalará las fuentes de financiación de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena y que determinará en favor de los municipios ribereños un tratamiento especial en la asignación de regalías y en la participación que les corresponda en los ingresos corrientes de la Nación, lo cual asegura la competencia del legislador para disponer que la mencionada corporación reciba alguna parte de aquellas regalías como fuente de financiación para cumplir con sus cometidos constitucionales, dentro del ámbito geográfico de sus funciones. Desde luego, sin que aquellas puedan ser destinadas al funcionamiento de Cormagdalena, pues no son una renta propia.

En este sentido, la Ley 161 de 1994, dispone que la destinación de aquellos recursos se lleve a cabo a través de la financiación de proyectos relacionados con su objeto, adelantados, bien por las entidades territoriales o por las corporaciones autónomas regionales, en lo que a la preservación del medio ambiente se trate, a través de la realización de proyectos relacionados con el objeto de la Corporación; así, se otorga el tratamiento especial a los municipios ribereños exigido por el artículo 331 de la Carta, toda vez que se benefician directamente de las actividades que desarrolla la Corporación a lo largo de todo el río.

En última instancia, los recursos del Fondo Nacional de Regalías que integran el patrimonio y rentas de la Corporación, aun cuando no son de propiedad de las entidades territoriales éstas si tienen el derecho constitucional a beneficiarse de las mismas; por ello, el Fondo se constituye con los recursos provenientes de las regalías que no deban asignarse directamente a las entidades territoriales, pero con el objeto de contribuir al mejoramiento de aquellas, por vía de las prioridades definidas por el legislador e inclusive en alguna de sus partes o en un porcentaje a través de la financiación de actividades de inversión de Cormagdalena.

No obstante que el artículo 361 de la Carta ordena que los recursos del Fondo Nacional de Regalías, deben destinarse a las entidades territoriales, también delega en el legislador el señalamiento de las condiciones en que dicha destinación debe realizarse; así, la Ley 161 de 1994, dispone que ella se realice a través de la financiación de proyectos relacionados con su objeto, adelantados, bien por las entidades territoriales, o por las corporaciones autónomas regionales, en lo que se refiere a la preservación del medio ambiente.

Además, a través de la realización de proyectos relacionados con el objeto de la Corporación, se está dando el tratamiento especial a los municipios ribereños exigido por el artículo 331 de la Carta, toda vez que se benefician directamente de las actividades que desarrolla la Corporación a lo largo de todo el río, a la que, por demás, pertenecen todos los representantes legales de los municipios ribereños, pues éste es el desarrollo que el Constituyente quiso dar a las regalías de los municipios ribereños en concordancia con el objeto de Cormagdalena".

Adicionalmente, estima la Corte que no se presenta el otro vicio de inconstitucionalidad insinuado en una de las demandas, consistente en el posible desconocimiento del principio de unidad de materia, ya que, en criterio del actor, entre el título de la Ley 344 de 1996 - "Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"- y el texto normativo enjuiciado, no existe correspondencia material alguna.

La Corte no acepta esta tesis, ya que dictar normas sobre canalización de recursos en una materia tan importante como el medio ambiente sí contribuye a la racionalización del gasto.

En consecuencia, se declarará la exequibilidad del precepto.

9. Registro y compensación de conciliaciones y sentencias judiciales

El primer inciso del artículo 29 demandado dispone que el Ministro de Hacienda puede reconocer las sentencias y conciliaciones judiciales como deuda pública. Cuando así lo reconozca podrá sustituirlas y atenderlas, si cuenta con la aceptación del beneficiario, para lo cual emitirá bonos en las condiciones de mercado que el Gobierno establezca y en los términos del estatuto orgánico de presupuesto. Por su parte, el segundo inciso de ese artículo precisa que, si como consecuencia de una decisión judicial, la Nación o uno de los órganos que sean una sección del presupuesto general de la Nación resultan obligados a cancelar una suma de dinero, antes de pagarla solicitarán a la autoridad tributaria nacional la práctica de una inspección al beneficiario de la decisión judicial, y si resulta obligación por pagar en favor del tesoro público, se compensan las obligaciones debidas con las contenidas por los fallos, sin que sea necesaria operación presupuestal alguna.

Según el actor, esa norma desconoce la autonomía de la Rama Judicial y viola el debido proceso, pues otorga a la autoridad tributaria la posibilidad de impedir el cumplimiento de las decisiones judiciales. La Corte no comparte esa interpretación, pues el primer inciso simplemente está estableciendo, como bien lo señala el interviniente, un nuevo mecanismo para que el Estado pague sus deudas judiciales, por medio del registro de las mismas como deuda pública y la emisión de los bonos respectivos. Por ende, la norma no está posibilitando que el Ministerio reconozca o no las deudas contenidas en las sentencias o conciliaciones, caso en el cual sería inexequible, pues permitiría a la autoridad administrativa desestimar las deudas judicialmente reconocidas, sino que simplemente le permite a ese Ministerio utilizar un nuevo mecanismo de pago, que consiste en registrar la obligación en favor del particular como una deuda pública, a fin de satisfacerla mediante un bono. Así entendida la norma, la Corte considera que el mecanismo en manera alguna desconoce la Carta ya que, como lo establece la propia disposición acusada, se debe contar siempre con el consentimiento del beneficiario, con lo cual éste tiene la posibilidad de decidir si le conviene o no el pago mediante el bono.

De otro lado, la Corte considera que el segundo inciso tampoco vulnera la Carta, pues no está permitiendo a los organismos obligados a cancelar sumas de dinero en virtud de decisiones judiciales, eludir su cumplimiento. En efecto, la norma simplemente autoriza un

cruce de información sobre las obligaciones que el particular beneficiario de la decisión judicial puede tener en favor del Estado a fin de que se efectúe, si es el caso, la correspondiente compensación. Como es obvio, esa información sólo puede versar sobre aquellas obligaciones del particular que se encuentren consolidadas mediante la ejecutoria del respectivo acto administrativo, y respecto de las cuales existe mérito ejecutivo y se haya iniciado, antes de la sentencia en contra de la administración, el trámite judicial de su cobro forzoso. Sin embargo, la administración no puede dilatar el cumplimiento de sus obligaciones más allá de un tiempo razonable para el cruce de la información, pues el principio de celeridad del artículo 209 C.P. impone una efectiva y rápida decisión.

Es necesario, para que pueda hacerse efectiva la compensación, que las deudas reúnan los requisitos previstos por el artículo 1715 del Código Civil, a saber: 1) que sean ambas de dinero o de cosa fungible o indeterminadas de igual género y calidad; 2) que ambas deudas sean líquidas; y 3) que ambas sean actualmente exigibles.

10. Facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República

Mediante el artículo 30 de la Ley 344 de 1996, se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias por seis (6) meses, desde la fecha de publicación de la Ley, para suprimir y fusionar, consultando la Comisión de Racionalización del Gasto Público, dependencias, órganos y entidades de la Rama Ejecutiva del orden nacional que desarrollen las misma funciones, que traten las mismas materias o que cumplan ineficientemente sus funciones. También podrá separar la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN. No podrá utilizar sus facultades en los órganos, dependencias o entidades cuyo régimen de autonomía sea reconocido por la Constitución.

Para la Corte, con la normatividad demandada no se está invadiendo la órbita del legislador, ya que el artículo 150-10 de la Carta autoriza al Congreso para revestir al Presidente de la República de facultades extraordinarias. Los límites materiales señalados al ejercicio de tal atribución son taxativos, y dentro de éstos no se encuentra ninguno relativo a la facultad de reestructurar órganos y dependencias de la administración con miras a racionalizar el gasto público.

Ha cumplido el Congreso con establecer el término dentro del cual puede el Presidente de la República hacer uso de las facultades por él solicitadas y ha señalado de manera concreta y directa las materias objeto de legislación extraordinaria. Que éstas afecten o puedan afectar a gran número de entidades y organismos de la Rama Ejecutiva es algo que no implica falta de precisión en cuanto al asunto confiado al Gobierno, claramente definido en la ley.

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.- Declárase **EXEQUIBLE,** en los términos de este fallo, el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, excepto el último inciso que dice: " El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo", que se declara **INEXEQUIBLE**.

Segundo.- Declárase **EXEQUIBLE**, en los términos de esta sentencia, el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, excepto las expresiones "reconocerse, liquidarse y", que se declaran **INEXEQUIBLES**.

Tercero.- Declárase **INEXEQUIBLE** el artículo 15 de la Ley 344 de 1996.

Cuarto.- Decláranse **EXEQUIBLES**, en los términos de esta sentencia, los artículos 18, 22, 26, 29 y 30 de la Ley 344 de 1996.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL , Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
-Con salvamento parcial de voto-

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO A LA SENTENCIA C-428 de septiembre 4 de 1997

REGIMEN DE CESANTIAS-Inconstitucionalidad de fijación de mínimo de rezago (Salvamento parcial de voto)

Aunque la Corte ha manifestado con razón que el diez por ciento no es un tope sino un mínimo, la inconstitucionalidad de la norma resultaba, a mi juicio, incontrovertible, ya que, a su amparo, puede la Administración seguir en la censurable conducta omisiva que viene observando, sólo que ahora deberá reducirla al noventa por ciento anual de las solicitudes de cesantías parciales, aplazando su trámite indefinidamente, en detrimento de claros derechos de los trabajadores. La disposición viola, en mi criterio, el artículo 209 de la Constitución, pues, contrariando su tenor obligatorio, conduce a que la función administrativa se ejerza sin tener en cuenta los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad. No entiendo cómo la Corte declara exequible la norma pero advierte que debe ser investigada la conducta de los servidores públicos que no tramiten con celeridad las solicitudes de cesantías parciales, si según aquélla han quedado autorizados legalmente para demorar, sin sanción, el noventa por ciento de las que están represadas.

ENCARGO TEMPORAL-Remuneración (Salvamento parcial de voto)

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.

CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES-Naturaleza/**FONDO NACIONAL DE REGALIAS**-Destino de recursos (Salvamento parcial de voto)

La Corte ha resuelto utilizar en esta oportunidad un criterio de interpretación de la Carta Política que no puedo compartir: el de hacer decir a sus normas lo que no dicen. Con base en ese criterio, se otorga a las corporaciones autónomas regionales el carácter de entidades territoriales. Considero que -por elemental que parezca- debe insistirse en que

no es lo mismo destinar unos recursos -los del Fondo Nacional de Regalías- a las entidades territoriales que a las corporaciones autónomas regionales. Son entes distintos desde el punto de vista constitucional.

DEUDA JUDICIAL-Facultad inconstitucional del Ministro/**SENTENCIA**-Incumplimiento (Salvamento parcial de voto)

El Ministro de Hacienda podrá reservarse la facultad inconstitucional de reconocer, en vez de cumplir, las sentencias y conciliaciones judiciales, dando lugar a una artificiosa distinción entre su contenido y el concepto de deuda pública. Con ello -por otra parte-, se quita el carácter de tal a las obligaciones derivadas de providencias judiciales que el funcionario mencionado, en ejercicio de la facultad otorgada, decida no reconocer.

COMPENSACION POR ACREENCIAS TRIBUTARIAS
(Salvamento parcial de voto)

Además, se permite a las entidades y organismos obligados a cancelar sumas de dinero en virtud de decisiones judiciales, eludir su cumplimiento, forzando una compensación derivada de la facultad potestativa y unilateral de la autoridad tributaria, en abierta violación al debido proceso y ocasionando que el Estado aproveche su propia responsabilidad pecuniaria, su negligencia o su culpa, deducidas judicialmente, para recaudar las acreencias tributarias.

Referencia: Expedientes acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613

Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

En la ponencia original, elaborada por el suscrito Magistrado, además de las normas que fueron declaradas inexequibles, aparecieron como inconstitucionales las expresiones "en este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse", perteneciente al artículo 14, y los artículos 18 (inciso 1), 26 y 29, en su totalidad, todos integrantes de la Ley 344 de 1996.

Infortunadamente la Sala, con argumentos no convincentes, declaró tales normas ajustadas a la Constitución.

El respeto debido a la cosa juzgada constitucional y a las decisiones de la Corte no impide, sin embargo, que resuma brevemente los motivos de mi discrepancia:

1. El artículo 14, en la parte pertinente, dice:

> "...sin perjuicio de que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. **En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse"** (subrayo).

Aunque la Corte ha manifestado con razón que el diez por ciento no es un tope sino un mínimo, la inconstitucionalidad de la norma resultaba, a mi juicio, incontrovertible, ya que, a su amparo, puede la Administración seguir en la censurable conducta omisiva que viene observando, sólo que ahora deberá reducirla al noventa por ciento anual de las solicitudes de cesantías parciales, aplazando su trámite indefinidamente, en detrimento de claros derechos de los trabajadores.

La disposición viola, en mi criterio, el artículo 209 de la Constitución, pues, contrariando su tenor obligatorio, conduce a que la función administrativa se ejerza sin tener en cuenta los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía y celeridad.

Es evidente que tampoco se realiza el mandato del mismo precepto, en el sentido de que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, uno de los cuales, de conformidad con el artículo 2 C.P., consiste en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales.

No entiendo cómo la Corte declara exequible la norma pero advierte que debe ser investigada la conducta de los servidores públicos que no tramiten con celeridad las solicitudes de cesantías parciales, si según aquélla han quedado autorizados legalmente para demorar, sin sanción, el noventa por ciento de las que están represadas.

2. El artículo 18 acusado dispuso en su primer inciso:

" **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".

Se trata de una norma abiertamente contraria al principio de igualdad (art. 13 C.P.) y al imperativo constitucional (art. 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 doctor 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?

3. El artículo 26, objeto de proceso, dice:

"**Artículo 26.** El Fondo Nacional de Regalías podrá financiar los gastos operativos de los proyectos de inversión de protección del medio ambiente ejecutados por las Corporaciones Autónomas Regionales y Desarrollo Sostenible".

También aquí hay una inconstitucionalidad manifiesta. Para resaltarla es suficiente transcribir los artículos 361 y 286 de la Constitución, en ese orden:

"**Articulo 361.** Con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios, **se creará un Fondo Nacional de Regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley**. Estos fondos se aplicarán a la promoción de la minería, a la preservación del ambiente y a financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales" (subrayo).

"Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley".

La Corte ha resuelto utilizar en esta oportunidad un criterio de interpretación de la Carta Política que no puedo compartir: el de hacer decir a sus normas lo que no dicen.

Con base en ese criterio, se otorga a las corporaciones autónomas regionales el carácter de entidades territoriales.

Considero que -por elemental que parezca- debe insistirse en que no es lo mismo destinar unos recursos -los del Fondo Nacional de Regalías- a las entidades territoriales que a las corporaciones autónomas regionales. Son entes distintos desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, en otro fallo de cuyo sentido discrepo, por lo cual también salvé mi voto (Sentencia C-423 del 29 de septiembre de 1994. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa), la Corte sostuvo, contra la evidencia de los textos constitucionales, que las corporaciones autónomas regionales son establecimientos públicos.

Ahora pueden tomarse, según el presente fallo, como entidades territoriales, o al menos como los organismos que gestionan el interés de ellas.

¿En qué quedamos?

Ninguna de las dos acepciones encaja dentro de la preceptiva constitucional y, por ende, me aparto en todo de la resolución adoptada y de la motivación en que se funda.

4. El artículo 29 demandado señala:

"**Artículo 29.** El Ministro de Hacienda podrá reconocer como deuda pública las sentencias y conciliaciones judiciales. Cuando las reconozca, las podrá sustituir y atender, si cuenta con la aceptación del beneficiario, mediante la emisión de bonos en las condiciones de mercado que el gobierno establezca y en los términos del Estatuto Orgánico del presupuesto.

Cuando, como consecuencia de una decisión judicial, la Nación o uno de los órganos que sean una sección del presupuesto general de la Nación resulten obligados a cancelar una suma de dinero, antes de proceder a su pago, solicitará a la autoridad tributaria nacional hacer una inspección al beneficiario de la decisión judicial, y en caso de resultar obligación por pagar en favor del Tesoro Público Nacional, se compensarán las obligaciones debidas con las contenidas en los fallos, sin operación presupuestal alguna".

El precepto transcrito fue declarado exequible, a pesar de su ostensible inconstitucionalidad. Ella se sustenta, como lo decía la ponencia original, en lo siguiente:

a) Se ha conferido al Ministro de Hacienda y Crédito Público y a la autoridad tributaria la insólita atribución de vetar las decisiones judiciales, con lo cual no solamente se socava la prevalencia del Estado Social de Derecho, sino que se rompe el principio constitucional de separación e independencia entre las ramas del poder público (art. 113 C.P.).

b) Se ha consagrado una extraña instancia administrativa para examinar decisiones judiciales definitivas, convirtiendo en teóricas las condenas judiciales en especial las que profiere el Consejo de Estado. Sufre así grave impacto la autonomía de los jueces, reconocida en los artículos 228 y 230 de la Constitución.

El Gobierno, que será juez y parte en procesos ya resueltos, decidirá si reconoce o no la deuda generada en el fallo del cual se notifica, afectando, por contera, el derecho, ya establecido judicialmente, de la persona a cuyo favor se resolvió.

c) El Ministro de Hacienda podrá reservarse, entonces, la facultad inconstitucional de **reconocer,** en vez de **cumplir,** las sentencias y conciliaciones judiciales, dando lugar a una artificiosa distinción entre su contenido y el concepto de deuda pública. Con ello -por otra parte-, se quita el carácter de tal a las obligaciones derivadas de providencias judiciales que el funcionario mencionado, en ejercicio de la facultad otorgada, decida no reconocer.

d) Además, en el inciso 2, se permite a las entidades y organismos obligados a cancelar sumas de dinero en virtud de decisiones judiciales, eludir su cumplimiento, forzando una compensación derivada de la facultad potestativa y unilateral de la autoridad tributaria, en abierta violación al debido proceso y ocasionando que el Estado aproveche su propia responsabilidad pecuniaria, su negligencia o su culpa, deducidas judicialmente, para recaudar las acreencias tributarias.

Afortunadamente se logró que la Sala condicionara la exequibilidad de esta norma, con miras a eliminar la posibilidad de que la Administración de Impuestos, una vez conocido el fallo en su contra, y abierto por ese sólo hecho el juicio fiscal al demandante, estructure artificialmente deudas por impuestos en cabeza suya, lo que, de haberse autorizado, habría representado la entronización de la arbitrariedad y el más completo desconocimiento del orden fundado en la justicia (Preámbulo de la Carta Política).

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

Adhiero a la parte b) del Salvamento de Voto suscrito por el Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

SENTENCIA No. C-429
septiembre 4 de 1997

CONGRESO DE LA REPUBLICA-Regulación de inhabilidades para contratar con el Estado

El Congreso goza de amplio margen para la regulación de inhabilidades para contratar con el Estado, por lo cual el control constitucional ejercido por esta Corporación debe limitarse a excluir del ordenamiento aquellas regulaciones manifiestamente inconstitucionales.

INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO-Salvaguarda del interés general

La norma pretende asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, para lo cual inhabilita a los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación. Este propósito armoniza con los valores, principios y derechos constitucionales, toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la contratación pública.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Principios de transparencia e imparcialidad

La necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Inhabilidad por nexos familiares

Para lograr la transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. Este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar,

pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general.

CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Conciliación de intereses públicos de imparcialidad/**CONTRATACION ADMINISTRATIVA**-Prohibición de intervención de familiares de servidores públicos

La norma acusada establece una ponderación admisible entre el interés general implícito en la contratación administrativa y la habilitación para la intervención legal en la esfera jurídica, de tal forma que busca conciliar los intereses públicos de imparcialidad, a través de la prohibición de la intervención de familiares cercanos de servidores públicos de niveles directivos o con un grado de influencia en la decisión. La inhabilidad consagrada es entonces legítima, pues respeta las reglas básicas de la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción del derecho individual.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA/DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA-No restricción

La Corte recuerda que en este campo, el control constitucional no puede ser muy estricto pues la propia Carta ha conferido una amplia libertad al Legislador para regular la materia. En este ámbito, el juez constitucional debe entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política[1]*. Por ende sólo procede la inexequibilidad de la inhabilidad si la norma viola mandatos constitucionales específicos, o la restricción aparece manifiestamente irrazonable, lo cual no sucede en este caso. En efecto, si bien estos funcionarios no ejercen un poder directo en la adjudicación de los contratos, se trata de servidores públicos que en forma indirecta pueden condicionar los resultados de los procesos contractuales. La Corte considera que la norma acusada no restringe el núcleo esencial del derecho de la personalidad jurídica y la limitación que establece encuentra fundamento en la Carta, pues busca salvaguardar otros bienes constitucionalmente protegidos, tales como el interés general, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad de la función administrativa.*

Referencia: Expediente D-1594

Norma acusada: Literal b) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

Actor: Alejandro Ochoa Botero.

Temas: Inhabilidades, contratación administrativa, personalidad y capacidad jurídica, y principio de igualdad.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente

Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alejandro Ochoa Botero, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demanda el literal b) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993. Mediante auto de marzo 13 de 1997, el Magistrado Ponente admitió la demanda al verificar que el libelo cumplía los requisitos de forma exigidos por la ley. 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 transcribe el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y se subraya el literal demandado.

Ley 80 de 1993
(Octubre 28)
Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

El Congreso de Colombia
DECRETA:
(...)

Artículo 8°. De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1o. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitados para contratar por la Constitución y las leyes.
b) Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados
c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad
d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de

interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
f) Los servidores públicos
g) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
h) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.
i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2o. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.
b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.
c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.
d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participa-

ción o desempeñe cargos de dirección o manejo.
e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Parágrafo 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

Parágrafo 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por sociedades anónimas abiertas."

III. LA DEMANDA.

El actor considera que la norma acusada viola los artículos 13, 14, 83, 209 y 333 de la Constitución Política. Según su criterio, la aplicación del precepto impugnado restringe derechos fundamentales, pues su rigidez no permite la ponderación entre la finalidad de la norma y los supuestos de hecho que regula, con lo cual se produce un sacrificio injusto para familiares de quienes no tienen el poder decisorio en el proceso de contratación pública.

Así mismo, a su juicio, la norma acusada es innecesaria y discriminatoria. Es innecesaria porque la finalidad del tipo de prohibiciones que se demanda es proteger los intereses públicos, pero en este caso, la norma carece de fundamento en relación con los parientes de quienes no tienen incidencia directa en la decisión. Y, es discriminatoria porque obliga a "excluir mecánicamente a todos quienes pretenden trabar relaciones contractuales con el Estado", atribuyendo iguales consecuencias a supuestos disimiles. Esto es, trata igualitariamente a quienes objetivamente no tienen posibilidad de injerir en el proceso de adjudicación y a los parientes de quienes efectivamente gozan de facultad para decidir.

En el mismo sentido, el actor considera que la inhabilidad demandada restringe libertades de una manera injustificada e inconstitucional pues, pese a que "existe un interés superior que legitima la imposición de un sistema de prohibiciones, incluidas las aludidas inhabilidades por parentesco", en la norma acusada el Legislador se olvida de la persona que es el centro de imputación de derechos y obligaciones, toda vez que parte de la base de que los funcionarios señalados en la norma actúan sin lealtad y con el ánimo de perjudicar a la institución. En este orden de ideas, para el actor, la ausencia de facultad decisoria para adjudicar los contratos administrativos debe permitir la armonización de los intereses privados y públicos a través de la aplicación ponderada de la causal demandada, pues lo contrario evidencia la vulneración innecesaria y desproporcionada de derechos fundamentales, por lo cual justifica una exequibilidad condicionada.

De otra parte, el ciudadano demandante señala que la norma acusada transgrede el principio de eficacia de la función pública, toda vez que eventualmente existe la posibilidad de que por motivos "meramente formales y abstractos", se excluyan excelentes propuestas

y se escojan aquellas que comparativamente son "menos adecuadas, menos económicas, menos ágiles y menos útiles". Por lo tanto, también se contraría el principio de eficiencia de la función administrativa, al impedir el máximo rendimiento con los menores costos.

Finalmente, el actor afirma que la prohibición prevista en la norma demanda no encaja correctamente en el concepto jurídico de inhabilidad e incompatibilidad, pues éstas son impedimentos para desempeñar ciertos cargos, mientras que la norma acusada busca impedir la participación de determinadas personas en una licitación o concurso para celebrar contratos estatales.

Por lo expuesto, el demandante solicita la declaratoria de inexequibilidad de lo acusado, "en cuanto se aplique irrazonable o desproporcionadamente o no se sustente en ninguna necesidad de protección del interés general"

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS

El ciudadano Alvaro Namén Vargas, en representación del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso para impugnar la demanda. El interviniente considera que el tema planteado ya se resolvió por la Corte Constitucional en la sentencia C-415 de 1994, en donde se declararon exequibles los literales g) y h) del numeral 1° del mismo artículo que ahora se acusa. Por ello, a juicio del interviniente, los argumentos de esa decisión deben aplicarse aquí *mutatis mutandis*.

Al mismo tiempo, el interviniente señala que la prohibición legal está justificada, pues la relación familiar existente entre el proponente y un funcionario de la entidad contratante con posibilidad de influir en la decisión, puede viciar la imparcialidad y la transparencia de la contratación administrativa. Por ello, la norma acusada no sólo no viola la Constitución sino que la desarrolla, pues es un típico ejemplo en donde el interés general debe primar sobre el interés particular, cuya razonabilidad y proporcionalidad surgen de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 superior. De igual forma, la norma acusada garantiza la realización de la igualdad de oportunidades de todos los proponentes que aspiran a contratar con el Estado.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar, rinde el concepto de rigor y solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de la norma acusada. La Vista Fiscal manifiesta que de acuerdo con la cláusula general de competencia del Congreso, le corresponde al Legislador expedir una norma relativa a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar. Como consecuencia de ello, la norma impugnada establece limitaciones temporales a la capacidad para contratar con las entidades estatales, que no es más que el desarrollo de una atribución consagrada expresamente en la Constitución.

Manifiesta el Ministerio Público que la clara finalidad de la norma acusada de garantizar la imparcialidad y transparencia de la administración pública justifica constitucionalmente las limitaciones a las libertades de los particulares. A su juicio, la limitación es razonable,

por cuanto el precepto acusado busca que la selección del particular que vaya a licitar, concursar y contratar con el Estado no recaiga en quien tiene vínculos de parentesco con la persona que goza de la facultad decisoria, a fin de salvaguardar el interés general implícito en la contratación. Así mismo, la prohibición demandada es proporcionada respecto del fin buscado, toda vez que es perfectamente posible que el Legislador limite el tráfico jurídico en razón de nexos familiares, pues tiene como fundamento el respeto por el interés general que se refleja en la búsqueda de la adecuada selección del contratista para la prestación eficiente de las funciones administrativas.

Finalmente, el Procurador afirma que "la contratación es un instrumento mediante el cual el Estado, en asocio con los particulares, cumple con la misión encomendada en el artículo 365 constitucional de asegurar a todos los habitantes del territorio nacional los servicios públicos, como quiera que éstos son inherentes a sus cometidos sociales."

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del literal b) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra una norma contenida en una ley.

El asunto bajo revisión

2. La norma acusada prohibe contratar con una entidad pública a quienes sean parientes de servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o miembros de la junta o consejo directivo, o de quienes ejercen el control interno o fiscal del ente contratante. Según el demandante, la rigidez de la norma impugnada restringe derechos fundamentales de forma innecesaria, desproporcionada y discriminatoria, lo que a su vez afecta los principios de eficiencia y eficacia de la función administrativa. Por ello el actor solicita una especie de inexequibilidad condicionada, pues considera que la Corte debe señalar que la norma es inconstitucional "en cuanto se aplique irrazonable o desproporcionadamente o no se sustente en ninguna necesidad de protección del interés general". En cambio, el interviniente y la Vista Fiscal consideran que la disposición acusada no sólo no vulnera la Constitución sino que desarrolla la facultad legal de regular la contratación administrativa, y promueve los principios de transparencia y de prevalencia del interés general en el ejercicio de la función administrativa. Así mismo, según su criterio, la materia en examen está prácticamente resuelta en la sentencia C-415 de 1994 de esta Corporación, en donde se declararon exequibles los literales g) y h) del numeral 1° del artículo 8 de la Ley 80 de 1993.

3. La norma consagra entonces una inhabilidad para contratar pues, contrariamente a lo sostenido por el actor, esta figura no se aplica únicamente al acceso a cargos públicos sino que también se predica de la posibilidad o no de contratar con entidades estatales. En efecto, esta Corte ya había señalado que en este campo se entiende por inhabilidad "una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce

a las personas naturales y jurídicas"[2]. En ese orden de ideas, y conforme a la jurisprudencia de esta Corporación,[3] estas inhabilidades constituyen una restricción a la personalidad jurídica en el ámbito contractual, pues debido a tales disposiciones, personas consideradas legalmente capaces, no pueden contratar con el Estado. Por ende la Corte debe analizar si en el caso concreto estas limitaciones tienen fundamento constitucional, para lo cual se debe ponderar el conflicto entre el interés general que rige la función pública (CP arts 1° y 209) y el derecho a la personalidad jurídica (CP art. 14).

La personalidad jurídica en el ámbito contractual y las inhabilidades

4. El derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona natural para ser sujeto de derecho, por tanto para ser titular de derechos y obligaciones, se protege y garantiza en la Constitución (art. 14). Sin embargo, su propia naturaleza lleva implícita la necesidad de regulaciones normativas que desarrollan y concretan la posición del individuo en la sociedad y en el tráfico jurídico. En otros términos, la personalidad jurídica es un derecho que se convierte en una aptitud para crear situaciones jurídicas y se materializa en derechos subjetivos cuando existe atribución legal de determinadas consecuencias jurídicas.

5. Las limitaciones que la ley puede establecer a la personalidad jurídica no son iguales en todos los campos, por lo cual la intensidad del control constitucional a las regulaciones legales no es tampoco idéntica. Así, esta Corte ha sostenido invariablemente que en el ámbito económico, debido a la dirección general de la economía por parte del Estado (CP art. 334), las posibilidades de restricción de la libertad son mayores, por lo cual en esta esfera se impone el llamado criterio de la inconstitucionalidad manifiesta, esto es, 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 su inconstitucionalidad. En cambio, en los otros campos, el juez constitucional debe ser mucho más celoso en el control de las intervenciones estatales, puesto que no existe dirigismo estatal, por lo cual el escrutinio judicial es más estricto[4]. Ahora bien, en el presente caso, la ley limita la capacidad contractual con el Estado, por lo cual en principio se trata de una intervención estatal en el ámbito económico que, además, tiene fundamento constitucional expreso pues, conforme al último inciso del artículo 150 de la Constitución, corresponde a la ley expedir el estatuto general de la contratación administrativa. Pero es más, esta restricción se mueve en la órbita de la regulación de la función pública, pues no se trata de una relación entre particulares sino de la contratación con el Estado, con lo cual la posibilidad de intervención legislativa es todavía más clara, ya que se trata de un ámbito al servicio del interés general. Por ello esta Corporación ya había señalado que la contratación administrativa es "una materia que pertenece al dominio de la esfera estatal y pública, dentro de la cual no rige el principio pro libertate, sino el de legalidad, el que ordena que la función pública debe someterse estrictamente a lo que disponga la Constitución y la ley (C.P. art 6)". [5]

---

1 Ver sentencias C-265/94 y C-445/95.

2 Sentencia C-489 de 1996. MP Dr. Antonio Barrera Carbonell.

3 Al respecto pueden consultarse las sentencias C-415 de 1996, C-178 de 1996, C-489 de 1996.

4 Ver, entre otras, las sentencias C-265/94. Fundamento jurídico No 5 y C-465/95. Fundamentos jurídicos No 15 a 17.

5 Sentencia C-415 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Congreso goza de amplio margen para la regulación de inhabilidades para contratar con el Estado, por lo cual el control constitucional ejercido por esta Corporación debe limitarse a excluir del ordenamiento aquellas regulaciones manifiestamente inconstitucionales.

La proporcionalidad de la inhabilidad.

6. No obstante lo anterior, el marco de acción del Legislador no debe desbordar los límites constitucionales, pues la finalidad perseguida en la norma no puede justificar una transgresión desproporcionada de los derechos individuales. Esta Corporación ya había señalado con claridad que "es evidente que si la restricción legal (incompatibilidad o inhabilidad) no se sustenta en ninguna necesidad de protección del interés general o ésta es irrazonable o desproporcionada, en esa misma medida pierde justificación constitucional como medio legítimo para restringir, en ese caso, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas que resultan rechazadas del ámbito contractual del Estado"[6]. Así las cosas, el interés público se convierte en un parámetro legitimador de la función administrativa que exige la ponderación entre los intereses de la comunidad y los intereses particulares, los cuales pueden suponer limitaciones al ejercicio pleno de algunos derechos. Por lo tanto, los intereses en conflicto deben armonizarse, pues en el Estado democrático de derecho (CP art. 1°) la prevalencia del interés general no es absoluta ni puede implicar el desconocimiento o la subordinación total de los derechos o intereses privados legítimos. Por lo tanto la Corte deberá estudiar si el grado de limitación a la personalidad jurídica consagrado por la norma acusada desborda los límites constitucionales. Comienza pues esta Corporación por analizar el objetivo de la norma y la idoneidad de los criterios clasificatorios por ella empleados.

7. La finalidad que se propone el Legislador es clara pues la norma pretende asegurar la imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia de la contratación administrativa, para lo cual inhabilita a los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación. Este propósito armoniza con los valores, principios y derechos constitucionales, toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la contratación pública[7]. En efecto, si el contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa, la cual se exterioriza a través de etapas anteriores y posteriores a la celebración del contrato, todo el proceso debe configurarse conforme a los principios rectores de la función administrativa consagrados en el artículo 209 superior, según los cuales el poder de ejecución debe seleccionar la oferta más ventajosa para el Estado, tanto cuantitativa como cualitativamente. En este orden de ideas, la necesidad de rodear de condiciones de transparencia e imparcialidad a la función administrativa juega un papel determinante como factor de legitimidad en el proceso de contratación, pues tiene una doble función: una negativa, ya que señala las condiciones

---

6 Ibidem.

7Sobre la necesidad de proteger el interés general a través de las inhabilidades e incompatibilidades en la contratación administrativa pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-221 de 1996. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, C-489 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell

mínimas para el acceso a la contratación, constituyéndose en un límite a la actividad administrativa y particular. Y, tiene una función positiva, en la medida en que el interés general se convierte en una condición inexcusable que dirige la acción estatal.

El criterio clasificatorio por nexos familiares y el principio de buena fe.

8. Para lograr esa transparencia la norma acusada excluye a los familiares de determinados servidores de la posibilidad de contratar con la entidad de la cual forma parte el funcionario. La Corte encuentra que este criterio es adecuado, pues entre los miembros de un mismo grupo familiar existen nexos de lealtad y simpatía, que podrían parcializar el proceso de selección, el cual dejaría entonces de ser objetivo. En efecto, es perfectamente humano intentar auxiliar a un familiar, pero estos favorecimientos en la esfera pública contradicen la imparcialidad y eficiencia de la administración estatal, la cual se encuentra al servicio del interés general. Por ello el favoritismo familiar o nepotismo ha sido uno de los vicios políticos y administrativos que más se ha querido corregir en las democracias modernas. No es pues extraño que esa lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo colombiano, como lo muestra el artículo 126 de la Carta, que prohibe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares. Por consiguiente, es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrolla de la contratación estatal pues, como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad a todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular.

9. En ese orden de ideas, al tomar en consideración la influencia de ese factor familiar, la ley no está violando el principio de la buena fe, que debe regir las relaciones entre el Estado y los particulares (CP art. 83) sino que, con base en la experiencia social cotidiana, y en perfecta armonía con las propias disposiciones constitucionales (CP art. 126), está reconociendo la manera como las relaciones familiares pueden afectar la imparcialidad de la acción administrativa y de la función pública. Por ello la Corte no considera de recibo el argumento del actor según el cual la norma impugnada viola el principio de buena fe, punto que ya había sido claramente dilucidado por esta Corporación en la sentencia C-415 de 1994. Dijo entonces la Corte:

" Según el actor, la ley estructuró las inhabilidades, presumiendo que los miembros de una misma familia, pudieran incurrir en "maniobras dolosas", con el objeto de vencer en la respectiva licitación o concurso. Esta tesis plantea que el legislador viola el postulado de la buena fe (CP art. 83), si instituye una restricción a la acción de los particulares motivada por el temor de que incurran en prácticas dolosas.

No comparte la Corte la apreciación del demandante. La función legislativa no tiene el carácter de gestión pública ni ante ella se adelantan trámites por parte de los particulares. La interpretación que prohíja la demanda, excede el alcance del artículo 83 de la CP.

Las leyes que dicta el Congreso, obedecen al estudio y análisis que ése órgano hace de

la realidad en cada momento que para el efecto habrá de apelar a las más variadas fuentes de conocimiento. Lo que la Corte controla no puede ser otra cosa que el producto final que se vierte en las leyes que sanciona y promulga el Presidente; no la ideas o prejuicios que pudieron estar o estuvieron en la mente de sus miembros. Es posible que el Legislador haya querido proscribir o prevenir determinadas prácticas que juzgó o imaginó censurables o reprobables, y esta presuposición en nada afectará la constitucionalidad de la ley que bajo esa convicción expida. Se admite sin dificultad que ciertos estatutos, entre ellos el Código Penal y los regímenes de incompatibilidades e inhabilidades, deben contar lamentablemente con una adecuada dosis de escepticismo en la condición humana. El legislador que no cavile sobre las posibles formas a través de las cuales se pueda hacer daño a los demás y al Estado, o sea incapaz de anticipar las vías a las que a menudo se acude para evadir sus preceptos, temerariamente corre el riesgo de crear una obra precaria o inútil que no defiende a la sociedad y sí desprestigia al derecho."

La delimitación del grupo afectado y el principio de igualdad.

10. Conforme a lo anterior, la Corte considera que la norma acusada establece una ponderación admisible entre el interés general implícito en la contratación administrativa y la habilitación para la intervención legal en la esfera jurídica, de tal forma que busca conciliar los intereses públicos de imparcialidad, a través de la prohibición de la intervención de familiares cercanos de servidores públicos de niveles directivos o con un grado de influencia en la decisión. En principio la inhabilidad consagrada es entonces legítima, pues respeta las reglas básicas de la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción del derecho individual. Sin embargo, el examen es incompleto si la Corte no analiza el listado de cargos que implican para sus familiares la existencia de una inhabilidad para contratar con la respectiva entidad. En efecto, a veces una norma persigue una finalidad legítima y consagra un trato adecuado y proporcionado, pero puede ser violatoria de la igualdad por no establecer una clasificación apta, pues la delimitación del grupo de personas destinatarios de la norma puede pecar por defecto o por exceso. Así, la disposición puede excluir a determinados sujetos de su regulación, cuando ellos debían hacer parte de ella o puede, por el contrario, incluir de manera injustificada a otros[8]. Entra entonces la Corte a analizar si la restricción a la libertad de contratación para la gama de personas prevista en la norma acusada se dirige a garantizar en todos y cada uno de los casos la transparencia en el proceso de contratación administrativa.

11. La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos o para celebrar contratos estatales se predica de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los empleados de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo o con quienes ejercen el control interno o fiscal de la entidad contratante respectiva. Esto significa que para aplicar la correspondiente inhabilidad el operador jurídico debe dirigirse a las normas que definen los niveles de los empleos del poder público. Así, de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978, los empleos de la rama ejecutiva se clasifican en distintos grupos. El nivel directivo "comprende los empleos

8 Ver Sentencia C-226/94. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 3.

a los cuales corresponden funciones de dirección general de los organismos principales de la rama ejecutiva del poder público, de formulación de políticas y de adopción de planes y programas para su ejecución". En general se considera que los miembros de las juntas o consejos directivos de establecimientos públicos, sociedades comerciales del Estado, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, pertenecen a esta categoría de empleos. Por su parte el nivel asesor agrupa tanto los empleos cuyas tareas consisten en asistir y aconsejar directamente a los funcionarios que encabezan los organismos principales de la administración, como los cargos ocupados por funcionarios que hagan parte de los cuerpos asesores del gobierno. El nivel ejecutivo "comprende los empleos cuyas funciones consisten en la dirección, coordinación y control de las unidades o dependencias internas de los organismos de la rama ejecutiva del poder público que se encargan de ejecutar y desarrollar sus políticas, planes y programas". Y, finalmente, la norma se refiere a los órganos de control interno o fiscal, que son aquellas personas que ejercen la vigilancia de la conducta oficial en la entidad contratante.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la facultad de decidir la adjudicación de un contrato con el Estado corresponde al jefe o representante legal de la entidad contratante. Por consiguiente, la inhabilidad objeto de examen es adecuada si realmente se dirige a los familiares de aquellas personas que gozan del poder de decisión de adjudicar contratos, o pueden tener influencias que razonablemente puedan determinar la decisión, pues en tales casos esos vínculos colocan en peligro la transparencia y seriedad del proceso de contratación administrativa. Así las cosas, para la Corte es claro que el personal que desempeña cargos de nivel directivo goza de aptitud para orientar las directrices de la entidad contratante, por lo cual la parcialidad en sus decisiones puede afectar la trasparencia del proceso de contratación administrativa. La inhabilidad en relación con sus familiares aparece razonable. Por su parte, los servidores públicos del nivel asesor, si bien no definen directamente las políticas centrales de la entidad, ostentan un grado de confianza suficiente para influenciar la decisión, por lo que la inhabilidad también constituye un medio adecuado y proporcionado para proteger el interés público implícito en la contratación administrativa. Así mismo, la Corte considera que se justifica constitucionalmente la prohibición acusada en relación con los miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante pues, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, "la dirección de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado estará a cargo de una junta o consejo directivo, que siempre presidirá un ministro o jefe del departamento administrativo o su delegado, y de un gerente, director o presidente, que será su representante legal." Igualmente, los servidores públicos en estudio son directivos en las empresas sociales del Estado y de las sociedades de economía mixta con acción estatal mayoritaria.

Por tales razones, frente a los familiares de los anteriores funcionarios, la Corte encuentra claramente justificada la inhabilidad impugnada.

12. En principio podría considerarse que la prohibición referida a los familiares de los empleados del nivel ejecutivo y de quienes ejercen el control interno de la entidad no se ajusta al objetivo propuesto en la norma, toda vez que la enunciación de las funciones de estos servidores públicos muestra que ellos no tienen un vínculo directo con los procesos de

contratación. Así, los primeros empleados desempeñan labores de dirección de las unidades y dependencias de la entidad y ejecutan las directrices generales prefijadas, mientras que los segundos ejercen el control interno y vigilan la conducta administrativa. Sin embargo, la Corte recuerda que en este campo, y por las razones señaladas en el numeral 5° de esta sentencia, , el control constitucional no puede ser muy estricto pues la propia Carta ha conferido una amplia libertad al Legislador para regular la materia. En este ámbito, el juez constitucional debe entonces respetar en general las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política[9]. Por ende sólo procede la inexequibilidad de la inhabilidad si la norma viola mandatos constitucionales específicos, o la restricción aparece manifiestamente irrazonable, lo cual no sucede en este caso. En efecto, si bien estos funcionarios no ejercen un poder directo en la adjudicación de los contratos, se trata de servidores públicos que en forma indirecta pueden condicionar los resultados de los procesos contractuales. Así, los funcionarios del nivel ejecutivo son en general los encargados de elaborar y evaluar en concreto los distintos pliegos. Por su parte, los empleados que ejercen el control fiscal externo o interno de la entidad contratante, si bien no gozan de facultad decisoria directa, sí pueden ejercer, precisamente por sus funciones fiscalizadoras, influencias importantes en las decisiones de las entidades contratantes. Así pues, en este mismo sentido, desde el artículo 42 del Decreto 3130 de 1968 se establecen ciertas limitaciones para los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de los funcionarios de la Contraloría General de la República, quienes no pueden ser nombrados ni prestar sus servicios en esa entidad hasta por un año después del retiro del funcionario.

En este orden de ideas, la Corte considera que la norma acusada no restringe tampoco en estos dos casos el núcleo esencial del derecho de la personalidad jurídica y la limitación que establece encuentra fundamento en la Carta, pues busca salvaguardar otros bienes constitucionalmente protegidos, tales como el interés general, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad de la función administrativa.

13. Los anteriores argumentos son también suficientes para desestimar el cargo de la demanda, según el cual la norma acusada desconoce la igualdad, en la medida en que, según su criterio, discrimina a un grupo de personas al impedirles, de manera mecánica, trabar relaciones contractuales con el Estado. En efecto, como se mostró anteriormente, esa diferencia de trato tiene un fundamento objetivo y razonable, pues los familiares de estos servidores se encuentran en situación de afectar la imparcialidad de los procesos de contratación administrativa. Por lo tanto, la potencialidad de parcialidad en la contratación pública que deriva de los nexos familiares autoriza un trato diferente, que es adecuado y razonable pues, tal y como se expuso, la defensa de los intereses generales, de los principios de la función pública y la obligación de propiciar la igualdad de oportunidades entre los particulares, justifican la diferencia. En ese orden de ideas, la Corte recuerda que la consagración constitucional del valor de la igualdad (en el Preámbulo) y del principio de la igualdad (art. 13) orientan y conducen el proceso de aplicación y creación de todo el derecho, el cual se materializa en el proceso de contratación pública en la obligación administrativa de garantizar la adjudicación imparcial de la mejor oferta, lo que ya implica

9 Ver sentencias C-265/94 y C-445/95.

una diferencia. En consecuencia, la determinación de circunstancias objetivas que razonablemente justifican la diferencia de tratamiento legal es una forma de realizar la igualdad sustancial. La diferencia de trato establecida por la norma acusada, lejos de ser discriminatoria, constituye entonces un instrumento apto para la efectividad del derecho a la igualdad, al excluir influencias familiares que, en los procesos de contratación administrativa, podrían perturbar la selección objetiva de las mejores propuestas.

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 literal b) del numeral 2° del artículo 8° de la Ley 80 de 1993.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-430
septiembre 4 de 1997

DERECHO DISCIPLINARIO-Contenido

El derecho disciplinario, comprende el conjunto de normas substanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo de aquél.

PROCESO DISCIPLINARIO-Etapas

Cada etapa responde a una necesidad procesal específica, circunstancia que determina la autonomía relativa que la caracteriza y las atribuciones de cada uno de los sujetos intervinientes en la respectiva actuación, de manera que estos adecuan su conducta procesal al marco jurídico que le sirve de derrotero a ésta, con lo cual no sólo se legitima su gestión, sino que al mismo tiempo se detectan y corrigen oportunamente las posibles desviaciones en que incurran dichos agentes.

INDAGACION DISCIPLINARIA-Contenido

La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.

PROCESO DISCIPLINARIO-Oportunidad para controvertir la prueba/**PRINCIPIO DE CONTRADICCION PROBATORIA EN PROCESO DISCIPLINARIO**

El C.D.U., reconoce en favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo, debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla

alude. Podría argüirse la falta de técnica legislativa, en relación con la regulación en dos normas distintas de un aspecto que atañe con el derecho de contradicción probatoria en los procesos disciplinarios; mas ello no hace inconstitucional la norma demandada. La oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.

QUEJA EN PROCESO DISCIPLINARIO

No toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria, indagación preliminar o investigación, porque desde el principio puede descartarse por descabellada o intranscendente, con lo cual al no admitírsela como presupuesto de la acción disciplinaria, no necesariamente desencadena la obligación del funcionario titular del poder disciplinario de ponerla en conocimiento del presunto inculpado. Sin embargo, de todas maneras según los términos del art. 80 en referencia, el denunciado tiene el derecho de conocer la queja ya sea en la indagación preliminar o en la investigación, mas aún, cuando ella se perfecciona como una prueba testimonial.

PROCESO DISCIPLINARIO-Oportunidad para rendir exposición espontánea

Dentro de la indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria. Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

Referencia: Expediente D-1596

Actor: David de Jesús Gómez Cárdenas

Normas Demandadas: Artículos 77 (parcial), 130 (parcial) y 147 (parcial) de la Ley 200 de 1995.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios del proceso a que da lugar la acción pública de inconstitucionalidad, procede la Corte, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 241-4 de la Constitución, a decidir de mérito sobre la demanda formulada por el ciudadano David de Jesús Gómez Cárdenas, contra las normas de los artículos 77, 130 y 147 de la Ley 200 de 1995.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS.

Se transcriben a continuación las normas demandadas de los artículos 77, 130 y 147 de la Ley 200/95, destacando en negrilla los textos específicamente cuestionados:

LEY NUMERO 200 DE 1995
(Julio 28)

"Por la cual se adopta el código disciplinario único"

ARTICULO 77. PRINCIPIOS DE IMPARCIALIDAD. En virtud del principio de imparcialidad:

1. Las autoridades disciplinarias deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en propender por investigar la verdad de los hechos y sancionar a los responsables, garantizando los derechos de las personas sin discriminación alguna.

2. El investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso.

3. Toda decisión que se adopte en el proceso disciplinario se motivará en forma detallada y precisa.

4. No podrá investigarse disciplinariamente una misma conducta más de una vez.

5. Los investigados tendrán la oportunidad de conocer y controvertir, por los medios legales, las decisiones adoptadas.

6. El funcionario debe investigar tanto los hechos y circunstancias favorables como los desfavorables a los intereses del disciplinado.

(....)

ARTICULO 130. Oportunidad para controvertir la prueba. El investigado podrá controvertir la prueba a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria.

ARTICULO 147. Oportunidad para rendir exposición. Quien tenga conocimiento

de la existencia de una investigación disciplinaria en su contra y antes de que se le formulen cargos, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba la exposición espontánea; aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite.

III. DEMANDA.

Según el demandante las normas acusadas infringen los artículos 29, 33 y 83 de la Constitución Política. El concepto de la violación lo expone de la siguiente manera :

- Conforme con el artículo 29 superior, quien sea sindicado tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra. Ese derecho lo adquiere el investigado desde el momento en que se entera o es informado de que una autoridad jurisdiccional o administrativa ha iniciado una investigación o indagación en su contra.

Negarle al disciplinado o investigado la posibilidad de acceder al informativo, alegando que sólo se le puede permitir dicho acceso a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según los términos del numeral 2 del artículo 77 acusado, es una conducta que desconoce los derechos de contradicción y defensa del disciplinado en cuanto le impide a este conocer las pruebas allegadas en su contra, entre éstas, el escrito de queja o su eventual ampliación.

- Por razones similares, el artículo 130 acusado es violatorio del derecho de defensa en razón de que condiciona la contradicción de la prueba a partir de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria; de manera que el investigado no podrá discutir las pruebas en la etapa de la investigación preliminar, sino durante la investigación propiamente dicha.

- El demandante encuentra una evidente contradicción de los artículos 77 y 130 de la ley 200/95 con el artículo 80 de la misma ley, porque mientras el numeral 2 del primer artículo dispone que el investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de los cargos, y el 130 señala que se podrá controvertir la prueba a partir de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, el artículo 80 es mucho más amplio, al punto que extiende la facultad del investigado para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar las que estime el caso, tanto en la etapa de la indagación preliminar como en la de la investigación disciplinaria.

Para el actor no es admisible aplicar el artículo 5o. de la ley 57 de 1887, según el cual, en caso de que varias disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo código se preferirá la norma posterior porque, a su juicio, en el caso *sub lite* debe aplicarse el artículo 80 aunque sea anterior al 130, ya que en el enfoque moderno de interpretación normativa, "es preciso examinar las normas incompatibles bajo el lente purificador de la Constitución Política para determinar cuál de ellas, sea anterior o posterior, realiza en mejor medida el derecho fundamental consagrado en la Carta Magna, de manera

que el precepto que guarde con el texto constitucional la mayor correspondencia y armonía prefiere al otro a pesar de que, se insiste, éste se encuentre consagrado en artículo posterior".

- También el numeral 2o. del artículo 77 de la ley 200/95 vulnera los artículos 29 y 83 de la Constitución, en cuanto establecen que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable y que las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

En efecto, al aplicar el numeral 2o. del referido artículo 77 de manera estricta, necesariamente se parte de la base de que el indagado es culpable, que actuó con dolo y mala fe y que no se le puede permitir el acceso a las diligencias preliminares, "pues dan por sentado que el fin que pretende el investigado, al conocer el averiguatorio es el de fabular una coartada en su favor, presumiendo así la peor mala fe ostensible del indagado".

IV. INTERVENCION DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA.

A través del ciudadano y abogado Antonio Medina Romero intervino en el proceso el Departamento de la Función Pública. El interviniente solicita la declaración de exequibilidad de las normas acusadas con fundamento en las siguientes observaciones:

En relación con el artículo 77 se advierte que el disciplinado tiene acceso al informativo disciplinario "a partir de ser escuchado en versión espontánea o desde la notificación de los cargos que es precisamente el momento en que se traba la relación jurídica procesal", de manera que no se presenta ninguna violación del derecho de defensa por el numeral 2o. de dicha disposición de la ley 200.

- "El artículo 130 se aplicará en el caso de apertura del proceso disciplinario propiamente dicho y el artículo 80 en el caso de que exista indagación preliminar y sea escuchado en versión libre y espontánea el posible disciplinado; y ello no implica que sean excluyentes ni violatorios del derecho de defensa. En conclusión este artículo no es violatorio de la Constitución Política".

- "... el artículo 147 de la ley 200/95 desarrolla el principio del derecho de defensa, pues le permite conocer al servidor público que se le reciba exposición espontánea, el derecho que tiene de ser asistido por un abogado, conforme a lo previsto en el artículo 73 del Código Disciplinario Unico".

V. INTERVENCION DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Procurador General de la Nación solicita declarar la exequibilidad de las normas acusadas, para lo cual expone los siguientes argumentos:

- El numeral 2 del artículo 77 le permite al investigado ejercer el derecho a la defensa

mediante el acceso al informativo disciplinario en las oportunidades allí señaladas.

- El examen de los artículos 77-2 y 130 de la ley 200/95, contrario a lo que considera el actor, demuestran que están destinadas a dar aplicación a los principios del artículo 29 de la Constitución, pues ambos están concebidos como instrumentos que facultan al procesado para ejercer el derecho de defensa.

"Por su parte el artículo 130 también establece la oportunidad para intervenir en la controversia probatoria facultando al investigado para ejercer este derecho a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria".

"Se observa entonces que las dos disposiciones están concebidas como instrumentos de protección en favor del investigado, pues establecen oportunidades para que éste participe en la controversia probatoria".

- Advierte el Procurador que la controversia se ha suscitado por la indebida interpretación que de los preceptos hace el demandante, y que ha dado lugar a una aparente contradicción. En efecto, expresa:

"El supuesto antagonismo entre las normas de un estatuto no conduce necesariamente a su inconstitucionalidad. Puede suceder que del mencionado cotejo se derive una presunta constitucionalidad ocasionada en la manera de interpretar las disposiciones, pero en ese caso, como lo ha explicado la Corte Constitucional, se debe preferir aquella interpretación que permita desarrollar armónicamente el contenido de la Carta Política".

- El artículo 147 de la ley 200 debe ser interpretado en armonía con lo previsto en el artículo 74 del mismo código, según el cual, el defensor puede presentar pruebas en la indagación preliminar y solicitar versión voluntaria de los hechos, de lo cual se deduce que el artículo acusado no desconoce el derecho de defensa del investigado, "pues en ambas etapas del proceso se encuentra prevista la posibilidad de que el investigado pueda solicitar que se le oiga en versión voluntaria o en exposición espontánea".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Planteamiento del Problema.

1.1. Según el demandante, las normas acusadas desconocen la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 29 superior.

En efecto, los artículos 77-2 y 130 restringen indebidamente el derecho de defensa del inculpado en los procesos disciplinarios, por las siguientes razones:

El acceso al informativo disciplinario sólo es permitido al inculpado desde el momento en que es escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, y la oportunidad para controvertir las pruebas se condiciona a la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria. De este modo, con anterioridad a las referidas

actuaciones procesales no le es permitido al inculpado ni el acceso a la actuación procesal ni la posibilidad de poder contradecir las pruebas en su contra.

El art. 147 desconoce también el debido proceso, porque limita excesivamente la oportunidad para rendir exposición espontánea, si se tiene en cuenta que ella no es viable durante la investigación preliminar y que su recepción depende de la voluntad del funcionario investigador.

1.2. Tanto el ciudadano interviniente por el Departamento Administrativo de la Función Pública como el Procurador consideran que la norma se ajusta a la Constitución porque garantizan suficientemente el debido proceso.

2. La solución del problema planteado.

2.1. El derecho disciplinario, como lo ha señalado la Corte[1], comprende el conjunto de normas substanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo de aquél.

La potestad punitiva disciplinaria del Estado contra los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas, se ejerce y hace efectiva por sus ramas y órganos, cuando dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios y las normas que rigen las formas de su comportamiento e incurren, en consecuencia, en infracciones disciplinarias, que se estructuran y juzgan con arreglo a las normas sustanciales y procedimentales contempladas en el respectivo régimen disciplinario. El conjunto de reglas de dicha índole expedidas por el legislador encaminadas a asegurar el normal desarrollo de los trámites o actuaciones que conducen a establecer o no la responsabilidad disciplinaria, constituyen el debido proceso disciplinario.

2.2. Con el fin de analizar los cargos de la demanda, es necesario hacer un examen de conjunto de las normas del Código Unico Disciplinario (Ley 200/95) que regulan el debido proceso disciplinario, pues las normas contra las cuales el demandante dirige la censura de inconstitucionalidad hacen parte de un universo o sistema regulador de la temática atinente a los trámites o procedimientos que deben observarse por quienes son titulares del poder disciplinario, con el fin de deducir las responsabilidades que correspondan por violación de las disposiciones que configuran faltas disciplinarias.

En el proceso disciplinario se distinguen diferentes etapas, que tienen una estructura y cumplen una función y tienen una finalidad o instrumentalidad propias.

El proceso disciplinario constituye un todo unitario que es producto de una actividad secuencial que se desarrolla a través de una serie de etapas o actos procesales preclusivos,

---

1 Sentencia C-341/96, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

que conducen al logro de su finalidad, es decir, a obtener el resultado práctico que constituye su objeto, como es la de establecer la responsabilidad disciplinaria de los infractores del régimen disciplinario.

En tal virtud, cada etapa responde a una necesidad procesal específica, circunstancia que determina la autonomía relativa que la caracteriza y las atribuciones de cada uno de los sujetos intervinientes en la respectiva actuación, de manera que estos adecuan su conducta procesal al marco jurídico que le sirve de derrotero a ésta, con lo cual no sólo se legitima su gestión, sino que al mismo tiempo se detectan y corrigen oportunamente las posibles desviaciones en que incurran dichos agentes.

Con sujeción a tales reglas de juego, el sujeto pasivo de la investigación goza de oportunidades para acceder al informativo disciplinario o solicitar la práctica de pruebas (119) o controvertirlas, rendir exposición espontánea (147), presentar descargos(152), o el investigador del ilícito disciplinario tiene demarcadas sus atribuciones, la manera de ejercerlas y los límites de su propio poder, de manera que como objetivo de su actividad en la indagación preliminar, le corresponde descartar cualquier duda sobre la procedencia de la investigación disciplinarias (art. 138), y en la investigación, establecer fehacientemente la existencia de la falta disciplinaria y la prueba concluyente sobre la autoría (art. 144), y concretar y formular los cargos deducidos al evaluar la investigación (art. 150), sobre cuya base se va a edificar la existencia o no de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Con arreglo a las referidas previsiones, se distinguen dentro del proceso disciplinario las siguientes etapas: la indagación preliminar, la investigación disciplinaria y el juzgamiento.

La indagación disciplinaria es de carácter eventual y previa a la etapa de investigación, pues sólo tiene lugar cuando no se cuenta con suficientes elementos de juicio y, por lo tanto, existe duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria; por consiguiente dicha indagación tiende a verificar, o por lo menos establecer con cierta aproximación, la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o la identidad de su autor.

La investigación debe iniciarse cuando se encuentra establecida la existencia de una falta disciplinaria y la identidad de su autor, como resultado de la indagación preliminar de la queja formulada por cualquier persona, o del informe, junto con sus anexos proveniente de servidor público. Dicha investigación se inicia con una providencia de mero trámite que contiene los requisitos prescritos en el art. 144 del C.D.U.

Surtida la etapa investigativa y con base en una evaluación de sus resultados, se procede al archivo del informativo en el evento de que se considere que la conducta no existió, que no es constitutiva de falta disciplinaria o que la acción no podía iniciarse o proseguirse por prescripción o muerte del implicado o cuando la conducta se encuentre justificada (arts. 23, 148, 149, 150 y 151 C.D.U.).

En cambio, cuando de la investigación se concluye que objetivamente se encuentra establecida la existencia de la falta y comprometida la responsabilidad del disciplinado en

su comisión, se abre paso a la etapa del juzgamiento. Esta comprende la formulación de los respectivos cargos, su notificación al inculpado, un término para rendir descargos, la solicitud de pruebas de éste, el decreto y práctica de pruebas, la decisión final o fallo que declara o no la responsabilidad del inculpado, así como su impugnación por la vía de los recursos gubernativos o de la revocación directa o su revisión por el mecanismo de la consulta (arts. 91, numeral 1, 92, 93, 94. 96 a 114, 150, 152, y siguientes C.D.U.).

2.3. Como parte integrante del derecho al debido proceso la Constitución reconoce, a quien sea sindicado o imputado, es decir, a quien se le endilga la comisión de un hecho que configura un ilícito penal, contravencional o disciplinario, el derecho de defensa que se traduce, entre otras manifestaciones, en la posibilidad de ser oído, "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra".

2.4. Según el actor, con fundamento en el art. 29 de la Constitución, el disciplinado tiene derecho a presentar pruebas y controvertirlas, desde el mismo momento en que se entera o es informado sobre la iniciación de la indagación o investigación en su contra. Por consiguiente, se viola esta norma superior, cuando el numeral 2o. del artículo 77 del Código establece que el investigado sólo tiene acceso al informativo una vez haya sido escuchado en versión espontánea o notificado formalmente de los cargos, según el caso, porque se estaría desconociendo la oportunidad que aquel tendría para ejercer sus derechos de contradicción y defensa en el periodo anterior a cualquiera de esas oportunidades.

La norma en cuestión interpretada de manera aislada, podría ser entendida de la misma manera como lo hace el demandante. Sin embargo, interpretada de manera sistemática tiene el siguiente alcance:

Cuando dicha norma determina que "el investigado tendrá acceso al informativo disciplinario a partir del momento en que sea escuchado en versión espontánea o desde la notificación de cargos, según el caso", está regulando una de las formas o maneras como se garantiza en los procesos disciplinarios el principio de imparcialidad. No esta indicando, por consiguiente, que esa sea la única oportunidad para ejercer el derecho de contradicción probatoria.

En efecto, el art. 80 del C.D.U. dispone:

"ARTICULO 80. PRINCIPIO DE CONTRADICCION. El investigado tendrá derecho a conocer las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la investigación disciplinaria para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas".

Como puede observarse el C.D.U., reconoce en favor del investigado su derecho a conocer la actuación procesal y a controvertir las pruebas, tanto en la indagación preliminar como en la investigación. Por consiguiente, la norma acusada entendida armónicamente con dicho artículo, debe ser considerada como una reiteración del derecho de contradicción probatoria, referida específicamente a la necesidad de asegurar el principio de imparcialidad a que aquélla alude.

Podría argüirse la falta de técnica legislativa, en relación con la regulación en dos normas distintas de un aspecto que atañe con el derecho de contradicción probatoria en los procesos disciplinarios; mas ello no hace inconstitucional la norma demandada.

2.5. El actor sostiene que la norma del numeral 2 del art. 77, igualmente desconoce el principio de contradicción probatoria, al no permitírsele al presunto inculpado el conocimiento de la queja que contra él se hubiese formulado. Al respecto se observa:

La queja no es una prueba, porque de serlo no necesitaría demostrarse, a menos que sea ratificada con las formalidades propias de la prueba testimonial. Ella puede dar origen a la acción disciplinaria, según el art. 47 del C.D.U., es decir, eventualmente puede poner en movimiento la actividad disciplinaria y en tal situación determinar la posibilidad de que se surta la indagación preliminar y que se cite al funcionario denunciado para que exponga su versión sobre los hechos constitutivos de aquélla, o bien que se abra la investigación si del contenido de la queja se deduce que hay mérito para ello.

Pero no toda queja necesariamente origina una actuación disciplinaria, indagación preliminar o investigación, porque desde el principio puede descartarse por descabellada o intranscendente, con lo cual al no admitírsela como presupuesto de la acción disciplinaria, no necesariamente desencadena la obligación del funcionario titular del poder disciplinario de ponerla en conocimiento del presunto inculpado. Sin embargo, de todas maneras según los términos del art. 80 en referencia, el denunciado tiene el derecho de conocer la queja ya sea en la indagación preliminar o en la investigación, mas aún, cuando ella se perfecciona como una prueba testimonial.

2.6. Las mismas reflexiones que ha hecho la Corte en relación con el numeral 2 del art. 77 son igualmente válidas con respecto al art. 130 que se acusa. En efecto, cuando esta norma establece que el investigado puede controvertir las pruebas a partir del momento de la notificación del auto que ordena la investigación disciplinaria, está consagrando el ejercicio de este derecho para la etapa que se inicia una vez se ha establecido por el investigador la existencia de la falta y del posible autor del ilícito disciplinario (art. 144), lo cual no significa en forma alguna que se desconozca el derecho de contradicción para la etapa anterior, o sea la de la indagación preliminar, si la hubiere, ni para la posterior -el juzgamiento- que comienza con la formulación de cargos (art. 150).

En síntesis, como se ha visto la oportunidad de contradicción probatoria existe tanto en la indagación preliminar, como en la investigación y en la etapa de juzgamiento, según se desprende de los arts. 80 y 153 del C.D.U.

2.7. Según el demandante la norma del art. 147 desconoce el derecho de defensa del investigado, en la medida en que queda a discreción del funcionario la recepción o no de la exposición espontánea, cuando ella constituye un derecho que tiene el investigado, y porque la oportunidad para rendir dicha exposición se restringe a partir de la apertura de la investigación disciplinaria, y en todo caso antes de que se le formulen cargos, con lo cual se lesiona su derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra.

La disposición acusada se encuentra incluida dentro de las normas del Capitulo III del Título VIII del C.D.U. que regulan la etapa de la investigación.

Interpretada en su contexto literal podría dar lugar a que se piense que con anterioridad a la investigación, esto es, dentro de la indagación preliminar no es procedente la rendición de dicha exposición. Sin embargo, el criterio de la Corte es bien diferente, pues considera de que dentro de dicha indagación es posible que el inculpado pueda solicitar que se le reciba su exposición espontánea, porque al igual que la indagatoria en los procesos penales ella es un acto de defensa, en cuanto tiene como finalidad fijar con claridad la posición de quien es señalado como presunto infractor de una norma penal, contravencional disciplinaria sobre su presunta culpabilidad, en el sentido de que puede admitir su responsabilidad, con o sin condicionamientos, o no aceptarla y, en tal virtud, reiterar su presunción de inocencia. Ambas posiciones, indudablemente tienen repercusiones en el adelantamiento y en el resultado de la actuación disciplinaria.

Esta Corte en varias sentencias ha sostenido que el derecho de defensa debe asegurarse permanentemente, es decir, tanto en la etapa de la investigación previa como en la investigación y en el juicio[2], por lo tanto, no se justifica que se restrinja el derecho a rendir exposición en la etapa de la indagación preliminar.

En las condiciones anotadas, no encuentra la Corte razonable ni proporcionada a la finalidad que pretende perseguirse -eventualmente la economía procesal o la eficiencia y la eficacia para la administración de la actuación disciplinaria- el que quede a la voluntad del funcionario recibir o no la exposición espontánea que solicita el inculpado, pues siendo ella como se dijo un acto de defensa, no existe justificación alguna valedera para su restricción.

3. En conclusión, la Corte considera que los artículos 77-2 y 130 se ajustan a la Constitución y, por lo tanto, serán declarados exequibles, no así la expresión "aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite", que será declarada inexequible.

En relación con el resto del artículo se declarará su exequibilidad, condicionada en el sentido de que se entienda que la oportunidad para rendir la exposición voluntaria se contrae no sólo a la etapa de la investigación sino de la indagación preliminar.

VI. DECISION.

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

---

2 Sentencias C-150/93 M.P. Fabio Morón Díaz; C-411/93 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; C- 412/93 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

RESUELVE:

Primero. Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 77-2 y 130 de la ley 200/95 "por el cual se adopta el Código Disciplinario Unico".

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"Oportunidad para rendir exposición. Quien tenga conocimiento de la existencia de una investigación disciplinaria en su contra y antes de que se le formulen cargos, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba la exposición espontánea"*, del art. 147 de dicha ley, bajo la condición de que se entienda que la oportunidad para rendir la exposición voluntaria se contrae no sólo a la etapa de la investigación sino de la indagación preliminar.

Tercero. Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión *"aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite"*, del art. 147 de la referida ley.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-431
septiembre 4 de 1997

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL-Funciones atribuidas por ley/
FONDO ROTATORIO DE LA REGISTRADURIA-Junta Directiva

La Corte encuentra que no por asignar al Consejo Nacional Electoral la función adicional de actuar como junta directiva del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, puede afirmarse que el legislador haya consagrado un precepto contrario a las normas constitucionales ni ignorado los principios que les sirven de sustento.En efecto, también el legislador está facultado por la Constitución para señalar la estructura orgánica de los establecimientos públicos -como lo es el mencionado- y para establecer las reglas a ellos aplicables.Podía el Congreso establecer a quién corresponde ejercer las atribuciones propias de la dirección del Fondo Rotatorio de la Registraduría y al hacerlo no vulneró precepto alguno de la Carta.

Referencia: Expediente D-1605

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 53 (parcial) de la Ley 96 de 1985.

Actor: Guillermo Ramírez Rodríguez

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los cuatro (4) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA. ARGUMENTO DE LA DEMANDA

El ciudadano Guillermo Ramirez Rodriguez, en uso del derecho consagrado en los artículos 40 y 241-4 de la Constitución Política, ha presentado a la Corte demanda de inconstitucionalidad contra algunas expresiones del artículo 53 de la Ley 96 de 1985.

Dice así la norma parcialmente acusada (se subraya lo demando):

"LEY 96 DE 1985
(noviembre 21)

por la cual se modifican las Leyes 28 de 1979 y 85 de 1981, el Código Contencioso Administrativo, se otorgan unas facultades extraordinarias y se dictan otras disposiciones

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)
Artículo 53. Créase el Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil como establecimiento público, esto es, como un organismo dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. La representación legal y la administración del fondo corresponden al Registrador Nacional del Estado Civil. **El Consejo Nacional Electoral tendrá las funciones de Junta Directiva del Fondo".**

A juicio del actor, no es posible interpretar la facultad señalada en el artículo 265, numeral 1, de la Constitución en cabeza del Consejo Nacional Electoral, consistente en "ejercer la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral", para hacerla extensiva a una función de coadministración del Establecimiento Público denominado "Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional", a la que se contrae el artículo objeto de proceso.

Según el demandante, la representación legal y la administración del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional corresponde por mandato constitucional y legal, en forma exclusiva y excluyente, al Registrador Nacional del Estado Civil, por lo cual tales funciones no pueden estar supeditadas a una junta directiva conformada por el Consejo Nacional Electoral. Ello implicaría -agrega- romper el principio de la autonomía e independencia que ostenta el Registrador en cuanto a la representación legal y la administración, facultades que debe ejercer sin injerencias ni interferencias.

Dice que de las palabras "inspección y vigilancia" no se deduce subordinación del Registrador Nacional del Estado Civil respecto del Consejo Nacional Electoral y, en consecuencia, "resalta la inconstitucionalidad de la Junta Directiva del Fondo Rotatorio a cargo del Consejo Nacional Electoral".

Expone el actor, además, que según el artículo 152 de la Carta Política, el Congreso de la República tiene la obligación de regular, mediante Ley Estatutaria, todos los temas relacionados con "funciones electorales", motivo por el cual la calidad aludida en relación con el Consejo Nacional Electoral debería haber aparecido plasmada, obligatoriamente, en una Ley Estatutaria.

También señala como violado el artículo 158 de la Constitución Política, pues, en su sentir, la disposición demandada rompe la unidad de materia, ya que la Ley 96 de 1985 trata

múltiples asuntos, diferentes entre sí, aunque el objeto de ella es, según su artículo 1°, perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.

Señala que, en su concepto, dada la unidad de materia, este es un caso de inconstitucionalidad sobreviniente.

II. INTERVENCIONES

El ciudadano Francisco Beltran Peñuela, actuando en nombre y representación del Ministerio del Interior, expone ante la Corte varias razones para sostener la constitucionalidad de la norma impugnada.

Afirma en primer término que, de conformidad con la Constitución, para que exista un establecimiento público no es necesario que se expida una ley estatutaria.

Del artículo 152 de la Carta -manifiesta- se desprende que la condición de expedirse una ley estatutaria tiene que ver con las funciones propias electorales y no con el cumplimiento de una especie o modalidad de la función administrativa para tecnificar la administración financiera, constituyendo un sistema de manejo de cuentas de un determinado organismo estatal.

En lo relacionado con la unidad de materia afirma que, siendo obvio que la Junta Directiva de un Fondo está íntimamente ligada a las funciones, representación y demás actividades que el mismo realiza, no hay violación alguna del artículo 158 de la Carta.

De la misma manera -agrega-, el artículo 265, numeral 1, de la Constitución en ningún caso es violentado por el precepto que se acusa, pues, al contrario de lo que afirma el demandante, no es cierto que, en el punto controvertido, se presente dependencia o subordinación del Registrador Nacional del Estado Civil con el Consejo Nacional Electoral, en cuanto la dirección del Fondo no es eminentemente electoral.

En opinión del interveniente, una cosa es ejecutar políticas y otra muy diferente crear las mismas. Para el caso en cuestión -dice- el representante legal del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil es autónomo en la ejecución de las funciones propias del mismo.

III. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Según el criterio del Procurador General de la Nación, las expresiones demandadas son constitucionales.

En efecto, está clara la relación de conexidad causal temática y sistemática que existe para incluir dentro de la Ley 96 de 1985 -la cual busca perfeccionar el proceso y la organización electoral- una norma que determina tanto los órganos de administración como

de dirección de un organismo creado por la misma ley, cual es el Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que desarrolle como objetivo principal las funciones financieras de la Rama Electoral del poder público.

Por otra parte, señala el Ministerio Público que lo demandado no desconoce en forma alguna la Constitución Política, pues la función de la Junta Directiva del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de la cual hacen parte los miembros del Consejo Nacional Electoral, no supone subordinación del Registrador Nacional del Estado Civil respecto del mencionado Consejo.

En cuanto a la afirmación del actor en torno a que el Congreso ha incurrido en omisión legislativa por no haber dictado una ley estatutaria, el Procurador hace un recuento de la jurisprudencia de esta Corte y afirma que, estando vigente una normatividad anterior a la expedición de la Carta de 1991, mediante la cual se regulan aspectos relacionados con la función electoral, la misma resulta útil para suplir omisiones del legislador, quien está llamado a expedir un estatuto relacionado con las funciones electorales.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Puesto que se trata de norma perteneciente a una ley de la República, esta Corte goza de competencia para juzgar sobre su exequibilidad, según lo dispone el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política.

2. Facultad del legislador para señalar funciones al Consejo Nacional Electoral

Las atribuciones del Consejo Nacional Electoral no son todas de origen constitucional, según resulta del artículo 265 de la Carta, a cuyo tenor, además de las que allí mismo se indican, le corresponden "las demás que le confiera la ley".

Desde luego, como en todas aquellas ocasiones en que la Carta Política autoriza al legislador para ampliar enunciaciones constitucionales, para plasmar excepciones a sus normas, o para consagrar reglas que las complementen, no se puede hablar de competencias legislativas absolutas, pues el límite material de lo que el legislador pueda fijar en ejercicio de la autorización constitucional está precisamente en los principios que informan la Constitución y en el sistema que surge de sus disposiciones.

En ese orden de ideas, el contenido de la ley, aunque a ella se haya otorgado la facultad de llenar espacios que la propia Carta no alcanzó a cubrir, debe ser examinado en virtud del control de constitucionalidad con el objeto de verificar que no desconozca los mandatos superiores y que responda a los postulados de razonabilidad y proporcionalidad.

Al hacerlo en el presente caso, la Corte encuentra que no por asignar al Consejo Nacional Electoral la función adicional de actuar como junta directiva del Fondo Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil, puede afirmarse que el legislador haya

consagrado un precepto contrario a las normas constitucionales ni ignorado los principios que les sirven de sustento.

En efecto, también el legislador está facultado por la Constitución para señalar la estructura orgánica de los establecimientos públicos -como lo es el mencionado- y para establecer las reglas a ellos aplicables (artículo 150, numeral 7, C.P.).

Por otra parte, se trata de una entidad pública con objetivos específicos señalados en la propia ley, directamente relacionados con la actividad de los organismos electorales, y la atribución de trazar las pautas administrativas para su funcionamiento en nada riñe con el ejercicio de las de estirpe constitucional que han sido encomendadas al Consejo Nacional Electoral. Por el contrario, unas y otras confluyen hacia los objetivos propios de las autoridades electorales.

Ello, además, en modo alguno significa que se haya estipulado una sujeción del Registrador al Consejo en términos de jerarquía y en relación con las funciones constitucionales de uno y otro, como tampoco se crearía dicha relación respecto de funcionarios de distinto origen si la norma legal hubiera organizado de manera diversa la junta directiva del aludido Fondo. Es necesario distinguir el alcance y las proyecciones de cada función y diferenciar también entre los entes afectados (la Registraduría y el Fondo Rotatorio): la coincidencia de directivos, autorizada por la ley, no los confunde ni los fusiona, ni hace que se pierda de vista el papel que cada uno debe cumplir.

Para la Corte, no hay incompatibilidad entre dichas funciones, así recaigan en las mismas personas. Podía el Congreso establecer a quién corresponde ejercer las atribuciones propias de la dirección del Fondo Rotatorio de la Registraduría y al hacerlo no vulneró precepto alguno de la Carta.

Se declarará que los términos demandados se avienen a la Constitución.

Ahora bien, a juicio de la Corte, las normas referentes al Fondo Rotatorio de la Registraduría no tenían que incluirse necesariamente en una ley estatutaria, como lo dice el actor, ya que su ámbito de actividad -de carácter típicamente administrativo- no hace parte de las "funciones electorales" a las que se refiere el artículo 152 de la Constitución Política, aunque guarde relación con ellas. El Fondo no duplica ni sustituye al Consejo Nacional Electoral ni a la Registraduría Nacional del Estado Civil en aquellas materias que son de su resorte, según las disposiciones constitucionales.

No es el caso de entrar en el análisis de si el legislador viene o no incurriendo en una inconstitucionalidad por omisión respecto de las funciones electorales, pues la demanda ha sido incoada contra una disposición positiva de la ley cuya validez o invalidez no resulta de que la Corte establezca si tal omisión existe o no, sino de las razones que puedan esgrimirse -como en esta ocasión se esgrimieron- y que la Corporación acepte, respecto de los alcances del mandato que consagra.

Por otra parte, conviene recordar lo expuesto por la Corporación en torno a ese tema:

"Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales. Las actuaciones penalmente encuadrables o constitutivas de faltas disciplinarias están sujetas a un control que escapa a la competencia de la Corte.

Lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución. Por esta razón, hay que excluir de esta forma de control el que se dirige a evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores; si no hay actuación, no hay acto que pueda ser sujeto de control.

Las que sí pueden ser objeto de estudio por esta vía y, de hecho ya lo han sido, son las llamadas omisiones relativas o parciales, en las que el legislador actúa, pero lo hace imperfectamente, como en los casos arriba señalados, de violación al principio de igualdad o al debido proceso". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 16 de octubre de 1996. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz).

DECISION

En mérito de lo expuesto, oído el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites y requisitos contemplados por el Decreto 2067 de 1991, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Decláranse **EXEQUIBLES** las expresiones según las cuales "el Consejo Nacional Electoral tendrá las funciones de Junta Directiva del Fondo" (Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil), que hacen parte del artículo 53 de la Ley 96 de 1985.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL , Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-443
septiembre 18 de 1997

LEY-Conexidad objetiva y razonable de normas que la integran/**LEY DE PROCURADURIA**-Inclusión de normas sobre procedimiento disciplinario

La ley que regula la organización funcional y estructural de la Procuraduría General de la Nación, también puede razonablemente determinar normas que indiquen el procedimiento disciplinario que los órganos de control deben aplicar en el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, la existencia de una norma que regula genéricamente los temas procesales y sustanciales del derecho disciplinario, esto es el Código Disciplinario Único, no implica que le está vedado al Legislador la posibilidad de establecer en otra ley, la estructura de un organismo de control y los procedimientos administrativos que conducen a la ejecución de las funciones legal y constitucionalmente encomendadas.

VALIDEZ SUSTANTIVA

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.

VALIDEZ FORMAL/VIGENCIA/EFICACIA JURIDICA/ EFICACIA SOCIOLOGICA

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.

DEROGACION-Concepto

La derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior, por cuanto la derogación no se basa en un cuestionamiento de la validez de la norma -como sucede cuando ésta es anulada o declarada inexequible por los jueces- sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y

en especial, en relación con las leyes, por el Congreso.

DEROGACION-Fundamento constitucional/**LEY POSTERIOR DEROGA LEY ANTERIOR**-Fundamento constitucional

La derogación de las leyes encuentra entonces sustento en el principio democrático, en virtud del cual las mayorías pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes, con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías efectúen. En materia legislativa, debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas encarnadas en las leyes previas. Tal es pues el fundamento constitucional del principio "lex posterior derogat anteriori".

LEY POSTERIOR-Criterio para determinar si lo es/**LEY POSTERIOR**-Vigencia

Para saber si una ley es posterior a otra, la Corte considera que se debe tomar en cuenta su vigencia, y no su validez o eficacia, por cuanto la voluntad de los representantes del pueblo se perfecciona en el momento en que la ley nace, conforme a los requisitos mínimos exigidos por la Carta, y entra entonces a hacer parte del ordenamiento, sin importar que la norma sea o no aplicable. En efecto, admitir que la eficacia es el punto que se debe tomar en cuenta para determinar la posterioridad o no de una ley, no sólo desconoce el fundamento constitucional del fenómeno de la derogación -que es la voluntad de las mayorías en virtud del principio democrático- sino que conduce a resultados jurídicos inadmisibles. si bien el efecto derogatorio se produce únicamente cuando la norma derogatoria es eficaz, por el contrario para determinar la posterioridad de una ley se debe tomar en cuenta su vigencia y no su eficacia.La vigencia de una ley sólo comienza a partir de la sanción presidencial, o en su defecto, de la que efectúe el Presidente del Congreso, en casos excepcionales (CP art. 168), no sólo porque la Carta expresamente establece que un proyecto para convertirse en ley requiere de la correspondiente sanción del gobierno (CP art. 1257 ord. 4°) sino, además, porque esa sanción no tiene en nuestro ordenamiento un sentido puramente formal ya que la Constitución confiere al Presidente la posibilidad de objetar los proyectos de ley.

CODIGO DISCIPLINARIO UNICO-Unificación de regímenes disciplinarios

El Legislador, por medio del CDU, quiso unificar los regímenes disciplinarios, incluyendo el de la Procuraduría, pues no sólo esa ley no exceptúa al Ministerio Público de sus normas sino que en ningún momento, en los debates sobre el tema durante el trámite de este estatuto disciplinario, se previó un régimen especial para esa entidad. Una conclusión se impone: el CDU quería derogar las disposiciones disciplinarias que hasta ese momento se aplicaban a la Procuraduría, efecto derogatorio que, por la propia voluntad del Congreso, sólo se haría efectivo dos meses después de que se sancionara el CDU. En este caso la voluntad legislativa es evidente.

REGIMEN DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS DE LA PROCURADURIA

La Corte considera que es posible armonizar los mandatos contenidos en el CDU y en las expresiones acusadas de la Ley 201 de 1995. Así, esos mandatos son contradictorios si se asume que ambas disposiciones tenían vocación de permanencia, pues no se sabría si los funcionarios de la Procuraduría están sometidos al CDU o a los artículos pertinentes de los decretos 250 de 1970 , 1660 de 1978 y 3404 de 1983. Sin embargo, teniendo en cuenta la voluntad del Legislador de que el CDU entrara a regir dos meses después, es posible armonizar ambos mandatos en la siguiente forma: al ser sancionadas las dos leyes el mismo día, pero al estar sometida a un plazo la entrada en vigor del CDU, entonces se entiende que durante esos dos meses, y mientras se comenzaba a aplicar el CDU, el régimen de los miembros de la Procuraduría era el contenido en las expresiones acusadas de la Ley 201 de 1995. Sin embargo, como el CDU quería unificar el régimen disciplinario para todos los servidores públicos, con excepción de los miembros de la Fuerza Pública, entonces se entiende que fue voluntad del Congreso que en el momento en que sus disposiciones entraran a ser aplicadas derogaran las expresiones acusadas. A partir de tal momento los miembros de la Procuraduría quedan sometidos a los mandatos del CDU. Esto significa entonces que a partir de esa fecha, las expresiones acusadas se encuentran derogadas.La falta de técnica legislativa en este caso es evidente, pues dos proyectos con contenidos parcialmente contradictorios son tramitados al mismo tiempo y sancionados el mismo día, sin que el Legislador señale explícitamente a los operadores jurídicos cómo se deben armonizar las normas, con lo cual se genera una enorme inseguridad jurídica, la cual hubiera podido ser fácilmente evitada con una mínima atención que se hubiera prestado al asunto. Por ejemplo, hubiera bastado señalar que el régimen especial de la Procuraduría sólo se aplicaría mientras entraba en vigor el CDU.

REGIMEN DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS DE LA PROCURARIA- Especial

La consagración de un régimen especial para los funcionarios de la Procuraduría es admisible, pues encuentra un fundamento objetivo y razonable en las peculiaridades de ese órgano de control. En efecto, esta entidad tiene funciones particulares, entre las cuales se encuentra en especial la supervigilancia disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas (CP art. 277 ord 5°). Es pues admisible que, entre otras razones, el Legislador considere que no deben estar sometidos al régimen disciplinario ordinario sino a uno especial aquellos funcionarios que tienen a su cargo el control disciplinario preferente del resto de servidores públicos.

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO-No debe confundirse con inamovilidad

La estabilidad en el empleo público no debe confundirse con la inamovilidad funcional y geográfica del cargo, puesto que si bien, en principio, la regla general es la permanencia en la labor encomendada, el ejercicio de la discrecionalidad organizativa de la administración permite que se evalúe el equilibrio entre las necesidades de la organización y los derechos de su personal, con base en límites que determinan su legalidad.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Planta de personal global y flexible/**TRASLADO**-No debe ser arbitrario

Los sistemas de planta de personal global y flexible, como el que prevé la ley de la Procuraduría, son admisibles, dentro de ciertos límites, con el fin de "garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Sin embargo, la discrecionalidad para trasladar subalternos dentro una respectiva entidad tiene como base la búsqueda del correcto funcionamiento de las instituciones, por lo cual no puede traducirse en arbitrariedad.La potestad organizativa de la administración es amplia, pero está limitada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en particular por los derechos que la Constitución y la ley reconocen a los funcionarios.

TRASLADO-Requisitos/**TRASLADO**-Necesidad del servicio/ **TRASLADO**-Condiciones menos favorables

En primer lugar, se requiere que el traslado sea consecuencia de la necesidad del servicio, que implica una libertad más o menos amplia de apreciación del interés público, pues si bien el Legislador atribuye al nominador la facultad de valoración de un supuesto dado, también le exige que la decisión obedezca a razones ecuánimes, imparciales y honestas que la fundamentan. En otros términos, la necesidad del servicio es un valor objetivo del interés público que se evidencia tanto en la evaluación de las metas que se propone el Estado, como en la razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad legal del traslado. El segundo requisito para determinar la constitucionalidad del traslado es la evaluación de ciertas condiciones subjetivas del trabajador, pues no se le puede imponer una dificultad material de tanta magnitud que el desplazamiento de sede se convierta en una verdadera imposibilidad de ejercer la función en el nuevo lugar o destino, ni tampoco que el traslado implique condiciones menos favorables para el empleado.La interpretación del concepto de "condiciones menos favorables",también están comprendidos la seguridad social del empleado, su bienestar que comprende también el grupo familiar, el medio en el cual vive y sus incidencias económicas, de modo que esos factores también cuentan en el salario y en la forma como se presta el servicio." En tercer lugar, la constitucionalidad del traslado depende de que se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al cual fue inicialmente vinculado y el nuevo destino.

GARANTIAS DEL TRABAJADOR-Aplicación

La aplicación de las garantías inherentes al status del trabajador del Estado que se plasman en la Constitución en el principio de la estabilidad en el empleo, (C.P. art. 53), en el derecho a una remuneración por la prestación de servicios (C.P. art. 53), en la obligatoriedad del trabajo en condiciones dignas y justas (C.P. art. 25) y, en la igualdad de acceso a la función pública (C.P. art. 53 y 125), determinan que la "potestad organizatoria" sea una atribución limitada.

TRASLADO DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO/

TRASLADO DE EMPLEADOS DE CARRERA

Los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, en razón a su status, tienen derechos y garantías de estabilidad más flexibles, por lo cual la variación de sedes de acuerdo con las necesidades del servicio es una facultad acorde claramente con la Constitución. Por el contrario, la facultad de traslado de los funcionarios vinculados en la carrera administrativa debe efectuarse por la necesidad del servicio y teniendo en cuenta todos los límites del poder discrecional organizativo de la administración anteriormente señalados, lo cual debe ser ponderado en cada situación por la autoridad que tiene a su cargo el control jurisdiccional del acto administrativo que ordena el traslado. Por ello, la Corte encuentra que es necesario condicionar la constitucionalidad en el entendido de que la facultad del traslado de los empleados de carrera administrativa deberá surtirse de conformidad con los límites del poder discrecional organizativo de la administración

Referencia: Expediente D-1587

Normas acusadas: Artículos 8, 12, 45, 80, 136, 173 y 178 (todos parcialmente) de la Ley 201 de 1995.

Actor: Jorge Enrique Lozano Zamudio.

Temas:

Validez, vigencia y eficacia jurídica de la normas legales en un ordenamiento constitucional.

Fundamento constitucional del principio "ley posterior deroga ley anterior" y alcance del mismo.

La Constitución no prohibe la existencia de regímenes disciplinarios especiales.

La Constitución garantiza la estabilidad y no la inamovilidad del cargo público.

El concepto de necesidad del servicio es un límite al poder discrecional de la administración.

Apreciación de conductas subjetivas en la facultad de trasladar funcionarios públicos.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO
Y
POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jaime Enrique Lozano Zamudio, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demanda la totalidad de la Ley 201 de 1995, por vicios de forma y los artículos 8°, 12, 45, 80, 136, 173, 178 (todos parcialmente) y 153 de la misma ley, por su contenido sustancial. El Magistrado Ponente, mediante auto de marzo 10 de 1997, dispuso el rechazo de la demanda en relación con los vicios de forma y con el artículo 153 de la Ley 201 de 1995, por cuanto sobre ellos el Juez de la Carta ya había proferido decisión con fuerza de cosa juzgada, en las sentencias C-443/96 y C-031/97, respectivamente. Y, decidió su admisión respecto de los apartes impugnados de los artículos 8°, 12, 45, 80, 136, 173 y 178 de la Ley 201 de 1995, al verificar que sobre el asunto el líbelo cumplía los requisitos de forma exigidos por la ley. 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. DE LOS TEXTOS LEGALES OBJETO DE REVISION

A continuación se transcriben los artículos 8°, 12, 45, 80, 136, 173 y 178 de la Ley 201 de 1995 y se subrayan los apartes demandados.

Ley 201 de 1995
"Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"

El Congreso de Colombia
DECRETA:
(...)

Artículo 8°. Funciones. Además de las atribuciones señaladas en la Constitución Política, el Procurador General de la Nación tendrá las siguientes funciones:

a) Conocer en única instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Viceprocurador, el Veedor de la Procuraduría General de la Nación, Procuradores Delegados, Agentes del Ministerio Público ante el Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia y Procurador Auxiliar, por el procedimiento establecido en la ley y ***en el Decreto 3404 de 1983, de acuerdo con los artículos 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166 y 169 a 177 del Decreto 1660 de 1978, o con base*** *en las disposiciones que las deroguen o modifiquen;*

(...)

Artículo 12. Régimen salarial de los funcionarios de la Dirección Nacional de

Investigaciones Especiales. El Procurador General de la Nación en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, establecerá el régimen salarial e incentivos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, de acuerdo con los parámetros de la Ley 190 de 1995, sin sujeción a lo previsto en la Ley 27 de 1992 y las normas que la complementen, modifiquen o aclaren.

Parágrafo. Los funcionarios y empleados de la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales, serán de libre nombramiento y remoción.

(...)

Artículo 45. Funciones de la Veeduría. La Veeduría tendrá las siguientes funciones:

a) Conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios que se adelanten contra todos los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación, con excepción de aquéllos cuya competencia en única instancia se le atribuye al Procurador General de la Nación en esta ley, ***por el procedimiento establecido en el Decreto 3404 de 1983, de acuerdo con los artículos 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166 y 169 a 177 del Decreto 1660 de 1978, o las normas que les sustituyan.***

(...)

Artículo 80. Sedes. El Procurador General de la Nación mediante resolución determinará la distribución y ubicación de los Agentes del Ministerio Público, pudiendo asignar a un mismo Agente diversas competencias ***y variar las sedes*** *de acuerdo con las necesidades del servicio.*

Artículo 136. Empleos de carrera. Todos los empleados de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleados de libre nombramiento y remoción son:

a) En la Procuraduría General de la Nación:
-Viceprocurador General
-Secretario General
-Procurador Auxiliar
-Procurador Delegado
-Agentes del Ministerio Público
-Director Ejecutivo del Instituto de Estudios del Ministerio Público
-Director Nacional de Investigaciones Especiales, ***y los demás empleos que integren la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.***
-Asesores del Despacho
-Veedor

-Secretario Privado
-Procurador Departamental
-Procurador Provincial
-Procurador Regional
-Procurador Distrital
-Procurador Metropolitano
-Jefe de Planeación
-Jefe de Control Interno
-Jefe de la Oficina de Prensa
-El Jefe de la Sección de Seguridad, ***los agentes adscritos a su Despacho, y todos los servidores que tengan funciones de seguridad, cualquiera que sea la denominación del cargo.***
-Tesorero.

(...)

Artículo 173. Régimen Disciplinario de los Funcionarios. Los funcionarios y empleados de la Procuraduría General de la Nación estarán sometidos al régimen disciplinario contemplado en ***el Decreto 250 de 1970 y en el 1660 de 1978 y en*** *las leyes especiales sobre la materia.*

Artículo 178. Ingreso a la Procuraduría General de la Nación. El ingreso al servicio de la Procuraduría General de la Nación se efectúa por medio de Decreto de Nombramiento expedido por el Procurador General de la Nación.

Los servidores de la Planta de Personal prestarán sus servicios en las dependencias donde fueren nombrados ***o donde las necesidades del servicio así lo exijan.***

III. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

Al realizar el estudio de los artículos demandados que fueron admitidos, se encuentra que el parágrafo del artículo 12 y los apartes acusados del artículo 136 de la Ley 201 de 1995, ya fueron objeto de estudio por parte de esta Corporación. Así, en la sentencia C-334 de agosto 1° de 1996 se decidió:

*"**Segundo:** Declarar EXEQUIBLES las siguientes expresiones del literal a) del artículo 136 de la Ley 201 de 1995: "Viceprocurador General", "Secretario General", "Procurador Auxiliar", "Procurador Delegado",* ***"agentes del ministerio público"****, "Director Nacional de Investigaciones Especiales", "Asesores del Despacho", "Veedor", "Secretario Privado", "Procurador Departamental", "Procurador Provincial", "Procurador Regional", "Procurador Distrital", "Procurador Metropolitano", "Jefe de Planeación", "Jefe de Control Interno", "Jefe de Oficina de Prensa", "El Jefe de la Sección de seguridad,* ***los agentes adscritos al Despacho, y todos los servidores que tengan funciones de seguridad, cualquiera que sea la denominación del cargo****", por las razones expuestas en esta sentencia.*
(...)

Cuarto: *Declarar INEXEQUIBLES las siguientes expresiones del literal a) del artículo 136 de la Ley 201 de 1995: "Director Ejecutivo del Instituto de Estudios del Ministerio Público", "**y los demás empleos que integren la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales**", por las razones expuestas en esta sentencia.*
(...)
Sexto: *Declarar INEXEQUIBLE el parágrafo del artículo 12 de la Ley 201 de 1995.*
(subrayas fuera del texto).

Se tiene, entonces, que ha operado la cosa juzgada constitucional y que, en consecuencia, esta Corporación no puede volver a pronunciarse sobre estas normas que ya fueron objeto de decisión, por lo cual se ordenará estarse a lo resuelto en la providencia citada. Por esa razón, y por razones de economía procesal, la presente sentencia no se referirá a los argumentos expuestos por el demandante y por los intervinientes relacionados con los apartes normativos sobre los cuales ya operó la cosa juzgada.

IV. LA DEMANDA.

Según criterio del actor, la inclusión de normas de naturaleza disciplinaria en la ley que regula la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación infringe las reglas de la unidad de materia contempladas en el artículo 158 de la Constitución. Así mismo, el demandante sostiene que los artículos 8°, 45 y 173 impugnados contrarían el principio de legalidad que garantiza el artículo 29 de la Constitución pues, a su juicio, la inclusión de normas derogadas por la Ley 200 de 1995 desconoce el deber de tipificar en forma clara, rigurosa y taxativa las conductas reprochables disciplinariamente. De otra parte, el actor considera que los artículos 80 y 178 de la Ley 201 de 1995 infringen los artículos 42, 44 y 53 de la Carta, toda vez que la amplia facultad del ente nominador de modificar las sedes de los servidores públicos al servicio de la Procuraduría General de la Nación es arbitraria, pues desconoce los derechos mínimos del trabajador y de su familia en el desarrollo de las actividades cotidianas.

V. INTERVENCION CIUDADANA Y DE AUTORIDADES PUBLICAS

De acuerdo con lo señalado en el informe de la Secretaria General de esta Corporación de abril 9 de 1997, durante el término de fijación en lista para la intervención ciudadana no se presentó ningún escrito.

VI. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar, rinde el concepto de rigor y solicita a la Corte que declare la constitucionalidad de las normas acusadas. La Vista Fiscal manifiesta que el Legislador está facultado constitucionalmente para determinar la competencia de la Procuraduría y para precisar los trámites disciplinarios necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Por ello, según el Ministerio Público, es natural que la Ley 201 de 1995 regule las normas aplicables a determinados servidores públicos cuando desatienden los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, pues se buscó dotar de coherencia al cuerpo normativo y facilitar a los operadores jurídicos la aplicación de las normas, por lo

cual concluye que no es de recibo el cargo relativo a la ruptura de unidad de materia.

De otra parte, a juicio del Ministerio Público, el proceso de modernización y reestructuración de la Procuraduría General de la Nación determinó un sistema de organización de personal, conocido como planta global y flexible, que busca, a través del manejo del recurso humano en la administración pública, la prestación eficiente del servicio público. Es por ello que la variación de sedes en razón de la necesidad del servicio permite fortalecer rápidamente a una dependencia que requiere una cantidad mayor de funcionarios, para así cumplir sus funciones, en la forma que exige el artículo 209 de la Constitución.

Así mismo, el Procurador General considera que esta forma de ordenar los empleos públicos no determina una variación sustancial de la naturaleza del cargo, por ende no implica desmejoramiento en las condiciones de trabajo. Por lo tanto, según su parecer, es constitucionalmente legítimo que en aras de propiciar el cumplimiento de la función administrativa eficaz, se pueda modificar la sede del servidor público por necesidad del servicio.

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 apartes demandados de los artículos 8°, 12, 45, 80, 136, 173 y 178 de la Ley 201 de 1995, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra normas contenidas en una ley.

Conexidad objetiva y razonable entre la materia general de una ley y las normas que la integran

2. Según el actor, algunas de las normas acusadas violan la regla de la unidad de materia (CP art. 158), ya que regulan trámites disciplinarios, lo cual no guarda la debida conexidad con el tema de la ley, que es el señalamiento de la estructura de la Procuraduría General de la Nación. En cambio, la Vista Fiscal afirma que la ley que fija la estructura de la Procuraduría está directamente relacionada con los trámites administrativos que debe cumplir esa institución para el cumplimiento de sus funciones, por lo cual es razonable que incluya normas disciplinarias relativas a los funcionarios de esa entidad. Comienza pues esta Corporación por examinar si el Legislador desconoció la exigencia constitucional de que toda ley debe versar sobre una misma materia (CP art. 158) al incluir normas sobre trámites disciplinarios en la ley que regula la estructura de la Procuraduría General de la Nación.

En múltiples decisiones, la Corte [1] ha señalado que el artículo 158 exige una concepción

1 Entre otras, pueden consultarse las sentencias C-523 de 1995. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, C-434 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, C-531 de 1995 y C-597 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-052 de 1997 Dr. Carlos Gaviria Díaz.

amplia del significado unidad de materia, pues es indispensable facilitar el desarrollo legítimo de la función legislativa, por lo cual se entiende que se viola la regla de la unidad de materia cuando no hay ninguna relación objetiva y razonable entre el tema general de la ley y el contenido específico de las normas impugnadas. Así las cosas, se pregunta la Corte ¿-podría pensarse, como el actor lo sugiere, que la ley que determina la estructura de la Procuraduría General de la Nación no puede regular trámites disciplinarios?

Para resolver el anterior interrogante resulta pertinente remitirse a los antecedentes legislativos de la Ley 201 de 1995, en los cuales se evidencia la búsqueda constante de una "efectiva protección de los derechos humanos y el ejercicio de la función disciplinaria y preventiva"[2] y de una "excelencia administrativa, en cuanto al funcionamiento y coherencia organizacional que favorezca la capacidad disciplinaria y preventiva de la Procuraduría"[3]. Por lo tanto, desde el inicio de su trámite, se consideró que la ley que señala la estructura de la Procuraduría General de la Nación debe contener los procedimientos necesarios para el cumplimiento eficiente e imparcial de su función, con lo cual es clara la conexidad temática y teleológica entre la Ley 201 de 1995 y las normas que determinan el trámite para la correcta ejecución de las funciones atribuídas a algunos organismos de la Procuraduría General de la Nación.

Así mismo, la Corte encuentra que la ley que regula la organización funcional y estructural de la Procuraduría General de la Nación, también puede razonablemente determinar normas que indiquen el procedimiento disciplinario que los órganos de control deben aplicar en el ejercicio de sus funciones. Por consiguiente, la existencia de una norma que regula genéricamente los temas procesales y sustanciales del derecho disciplinario, esto es el Código Disciplinario Único, no implica que le está vedado al Legislador la posibilidad de establecer en otra ley, la estructura de un organismo de control y los procedimientos administrativos que conducen a la ejecución de las funciones legal y constitucionalmente encomendadas. Por todo lo anterior, no prospera el cargo referido a la transgresión del artículo 158 de la Constitución.

Un problema complejo: ¿se encuentran o no vigentes las expresiones acusadas de los artículos 8°, 45 y 173 de la Ley 201 de 1995?

4- Aun cuando la demanda no es totalmente clara en este aspecto, la Corte entiende que, según el actor, las expresiones acusadas de los artículos 8°, 45 y 173 de la Ley 201 de 1995 son inexequible por cuanto señalan que el procedimiento disciplinario de los funcionarios de la Procuraduría es el establecido por los decretos 250 de 1970 , 1660 de 1978 y 3404 de 1983, los cuales habrían sido derogados por la Ley 200 de 1995 o Código Disciplinario Único, que para mayor facilidad de exposición denominaremos en esta sentencia CDU. Según este cargo, esa remisión es inexequible, pues invocar normas derogadas por el CDU

---

2 Exposición de Motivos del proyecto presentado al Senado de la República, por el Procurador General de la Nación. Gaceta del Congreso No. 91 de 1995. Página 31.

3 Ponencia para segundo debate en el Senado de la República. Gaceta del Congreso No. 157 de 1995. Página 2. Y, ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 158 de 1995. Página 2.

para regular un procedimiento disciplinario viola el principio de legalidad, que rige en todos los procesos sancionatorios. Como vemos, el argumento del actor contiene varios presupuestos. De un lado, según la demanda, el CDU derogó los decretos 250 de 1970, 1660 de 1978 y 3404 de 1983. De otro lado, el actor considera que las expresiones demandadas de los artículos 8°, 45 y 173 de la Ley 201 de 1995 están vigentes, y confieren a decretos derogados la facultad de regular un procedimiento disciplinario, con lo cual se violaría el principio de legalidad. En efecto, sólo a partir de tales premisas puede el demandante formular su cargo, a saber, que esas expresiones son inconstitucionales por referirse a normas derogadas. Sin embargo, el asunto dista de ser tan nítido como lo presupone el razonamiento del actor pues no es claro que las expresiones impugnadas se encuentren vigentes. Es más, como se verá a continuación, la situación normativa en términos de derogación o no de las normas acusadas es muy compleja, lo cual obligará a la Corte a realizar un recorrido de la historia legislativa de las leyes 200 y 201 de 1995, así como un estudio constitucional del fenómeno de la derogación, con el exclusivo fin de saber si se encuentran o no vigentes los apartes impugnados, y si procede o no un pronunciamiento de fondo en este caso.

5- A primera vista el asunto parece muy claro, y ello puede explicar el razonamiento del actor, pues las normas acusadas hacen parte de la Ley 201 de 1995, que tiene entonces un número posterior al del CDU, que es la Ley 200 de ese mismo año. Por consiguiente, conforme a tal numeración, pareciera que las normas impugnadas son posteriores al CDU, por lo cual mal podrían haber sido derogadas por ese estatuto normativo, que es anterior, y por ende las disposiciones acusadas estarían vigentes. Sin embargo la situación se complica si se tiene en cuenta que las dos leyes fueron sancionadas en la misma fecha. Así, según el Diario Oficial 41.946, la sanción presidencial del CDU fue el 28 de julio de 1995. Por su parte, el Diario Oficial 41.950, en donde aparece publicada la Ley 201 de 1995, señala que la sanción gubernamental de dicha ley fue también el 28 de julio de 1995. En tales circunstancias, ¿el hecho de que una ley tenga un número mayor que otra implica que es cronológicamente posterior a ella, aun cuando ambos cuerpos normativos hayan sido sancionados en la misma fecha? La Corte considera que en principio no es así, pues la numeración de las leyes es un asunto secretarial, que tiene como objetivo permitir una identificación fácil de las leyes, por lo cual no se le puede conceder una fuerza normativa tan importante, como sería la facultad de abrogar otras disposiciones. Por ende, el hecho de que las normas acusadas hagan parte de la Ley 201 de 1995 no significa que sean normas posteriores al CDU o Ley 200 de 1995, pues la sanción presidencial ocurrió exactamente el mismo día.

6- El asunto se vuelve más complejo si se tiene que existe una contradicción normativa entre lo prescrito por las expresiones acusadas y lo dispuesto por el CDU, por lo cual ambos contenidos normativos no pueden encontrarse simultáneamente vigentes. Así, las normas acusadas señalan que para los miembros de la Procuraduría el régimen disciplinario aplicable es el contenido en distintos artículos de los decretos 250 de 1970, 1660 de 1978 y 3404 de 1983. En cambio, el artículo 177 del CDU preceptúa que ese estatuto disciplinario "se aplicará a todos los servidores públicos **sin excepción alguna"** y que "deroga las disposiciones generales **o especiales** que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, Departamental, Distrital, Municipales, o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública" (subrayas no originales). Por consiguiente, existen dos normas con el mismo rango legal que remiten a dos procedimientos disciplinarios diferentes para

los procesos de los trabajadores de la Procuraduría General de la Nación, por lo cual resulta esencial determinar cuál es la ley posterior. En efecto, si el CDU es ulterior a la Ley 201 de 1995, entonces debe entenderse que las expresiones acusadas se encuentran excluídas del ordenamiento, pues claramente el artículo 177 deroga todos los regímenes especiales, con la única excepción de aquellos que derivan de la Constitución. En este caso es pues evidente que no se aplica el principio según el cual debe aplicarse de preferencia la norma especial sobre la norma general, pues la voluntad legislativa contenida en el CDU es clara en establecer un régimen disciplinario único, no sólo por cuanto así lo señala inequívocamente el mencionado artículo 177 sino, además, porque los antecedentes de la ley así lo demuestran. Así, en la exposición de motivos del respectivo proyecto de ley, el Procurador General de la Nación señaló la trascendencia de la unificación del régimen disciplinario, en los siguientes términos:

Esta multiplicidad de regímenes disciplinarios conduce al ejercicio ineficiente e inequitativo del juzgamiento de la conducta de los servidores públicos, anarquiza la función del mandato constitucional a cargo de todas las entidades oficiales, por todas estas razones, es incuestionable que el Estado Colombiano debe tener un Código o Estatuto Unificado para la realización del control disciplinario tanto interno como externo a fin de que la función constitucional se cumpla de manera eficaz y como además, se convierta en herramienta eficiente en la lucha contra la corrupción administrativa[4].

Por el contrario, si la Ley 201 es posterior al CDU, entonces se debería entender que las expresiones acusadas se encuentran vigentes pues, como se mostrará ulteriormente en esta sentencia (Cf infra Fundamento Jurídico No 19), el CDU no puede impedir que posteriormente el Legislador consagre regímenes especiales. Por ende, es inevitable que la Corte Constitucional proceda a definir cuál de las dos normas es posterior, con el fin de poder determinar si las expresiones acusadas se encuentran o no derogadas.

7- Al parecer el anterior interrogante se soluciona fácilmente si se tienen en cuenta los momentos en que entraron a regir las dos leyes. En efecto, el artículo 203 de la Ley 201 de 1995 establece que "esta ley rige desde su sanción", lo cual significa que sus disposiciones están produciendo efectos desde el 28 de julio de 1995. En cambio, el artículo final del CDU señala que "regirá cuarenta y cinco (45) días después de su sanción", lo cual significa que ese estatuto sólo empezó a producir efectos 45 días después del 28 de julio de 1995. Es pues indudable que el CDU, a pesar de ser la Ley 200 de 1995, empezó a producir efectos con posterioridad a la Ley 201 de 1995. Sin embargo ¿significa lo anterior que el CDU es posterior a la Ley 201 de 1995 y que por ende derogó las expresiones acusadas? O, en otros término, ¿cuál es el momento que se debe tomar en cuenta para saber si una ley es posterior a otra a fin de evaluar si hubo o no derogación? ¿Es cuando ésta entra a regir y es susceptible de producir efectos? ¿O, por el contrario, es cuando el proyecto es aprobado por el Congreso? ¿O debe tomarse en cuenta la fecha de la sanción presidencial?

---

4 Gaceta del Congreso, Año IV, N°73

8- Para responder a esos difíciles interrogantes, la Corte podría recurrir a algunas de las reglas establecidas por la Ley 153 de 1887, y en especial al artículo 2°, que consagra expresamente la fórmula según la cual la "ley posterior prevalece sobre la ley anterior". Igualmente podría esta Corporación acudir a las disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal que regulan aspectos relativos a la formación, promulgación y observancia de las leyes. Sin embargo, las referencias a esas normas legales, si bien no son inútiles, tienen a lo sumo un valor pedagógico, no sólo porque ninguna de ellas precisa qué se entiende exactamente por "ley posterior" sino, además, y más importante aún, porque incluso si lo hicieran, el problema jurídico no se encontraría solucionado. En efecto, no es posible, sin incurrir en una inadmisible autorreferencia conceptual, contraria al respeto a la estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico, que sea una ley la que regule el poder abrogatorio y derogatorio de las leyes. Si admitiéramos esa hipótesis, entonces una autoridad -el Legislador- estaría definiendo su propia competencia normativa, pues una ley diría qué pueden y qué no pueden hacer las leyes. Esta definición de la fuerza derogatoria de la ley sólo puede entonces ser efectuada por una norma de superior jerarquía a la misma ley. Por ello, en un sistema constitucional como el colombiano, en donde la Constitución es norma de normas (CP art. 4°), la única forma de responder a los interrogantes planteados es que la Corte determine cuál es el fundamento constitucional del fenómeno de la derogación, pues sólo de esa manera podremos entender el alcance del principio ley posterior deroga ley anterior.

Entra pues la Corte a analizar el concepto mismo de ley posterior así como las bases constitucionales del fenómeno de la derogación.

Una necesaria disquisición teórica: alcance de la regla "ley posterior deroga ley anterior" y fundamento constitucional de la derogación.

9 - La noción de "norma posterior" en alguna medida remite a la idea de que una disposición comienza a existir en el mundo jurídico después de que otra ya hacía parte del mismo. Ahora bien, en la teoría jurídica, la existencia de una norma ha estado muy asociado a la idea de validez, a tal punto que para muchos autores se trata de categorías idénticas, pues ambas expresan un mismo fenómeno: una disposición comienza a existir y entra a hacer parte del ordenamiento jurídico por haber sido dictada conforme lo prescriben las reglas del sistema. La validez de una norma no sería otra cosa, como dice Kelsen, que "el modo particular de su existencia"[5]. Sin embargo, lo cierto es que en la doctrina jurídica no existe consenso sobre la noción de validez. Algunas concepciones, cercanas al iusnaturalismo, tienden a asociar este concepto a la corrección material y a la justicia de la norma, esto es, consideran que una disposición jurídica es válida sólo si armoniza con otras normas de categoría superior que le sirven de sustento axiológico, hasta llegar incluso a un concepto extrasistemático de validez, según el cual la validez de las normas positivas depende de valores por fuera del ordenamiento positivo. Otras concepciones, más próximas al formalismo positivista, por el contrario, consideran que una norma es válida si ella formalmente hace parte del sistema, conforme a una reglas de reconocimiento o de incorporación que

5 Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. Buenos Aires: EUDEBA, 1960, p35

éste mismo sistema establece. Finalmente, otras tesis, cercanas al realismo jurídico, tienden a insistir en que sólo existe y es válida aquella norma con capacidad de producir efectos concretos al ser efectivamente reconocida y aplicada por los jueces.

Independientemente de los debates teóricos asociados a esas escuelas, y que obviamente no le corresponde a la Corte Constitucional resolver, lo cierto es que importantes sectores de la doctrina contemporánea consideran que esas distintas nociones no son incompatibles entre sí sino que, con algunos matices, expresan diversos componentes y momentos de la validez de una norma, en aquellos regímenes con supremacía de una constitución que incorpora principios y valores materiales, tal y como sucede en Colombia. Por ello estos sectores proponen distinguir estos aspectos, e incluso utilizar apelativos distintos para cada uno de ellos, a fin tener una visión integral del complejo fenómeno de la validez jurídica en una democracia constitucional[6]. De un lado, 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.

Como es obvio, la validez, la vigencia y la eficacia, así definidas, son fenómenos interrelacionados, pues en general para que una disposición produzca efectos, es decir sea aplicable y jurídicamente eficaz, es necesario que haya sido incorporada al sistema, es decir que se encuentre vigente, y que además, no contradiga las normas superiores, es decir que sea válida. Este hecho explica que en el lenguaje jurídico a veces se utilizan indistintamente esas categorías sin que se produzcan confusiones. Sin embargo, las distinciones son útiles por cuanto una norma puede estar vigente pero no ser válida, para lo cual basta pensar en una ley inconstitucional pero que aún no ha sido retirada del ordenamiento por la decisión del respectivo órgano de control. Una norma puede haber sido derogada, con lo cual parece no estar vigente, pero puede seguir produciendo efectos jurídicos, es decir ser eficaz. O, finalmente, la norma puede ser válida y encontrarse vigente, pero no ser eficaz, por ejemplo por tratarse de una ley que fue formalmente adoptada, que no viola ningún mandato superior, pero que establece que debe transcurrir un determinado plazo antes de que pueda ser aplicada por los operadores jurídicos.

10- La Corte considera que las anteriores distinciones entre validez, vigencia y eficacia no sólo son aplicables en el caso colombiano sino que ayudan a comprender mejor el alcance del

---

6 Con obvios matices entre ellos, ver en Italia Luigi Ferrajoli. Razón y derecho. Madrid: Trotta, 1995, pp 352 y ss; en España Luis María Diez-Picazo. La derogación de las leyes. Madrid: Civitas, 1990, pp 162 y ss; en Argentina Carlos Santiago Nino. Introducción al análisis del del derecho. Buenos Aires: Astrea, 1987, pp 127 y ss; y en Alemania, Robert Alexy. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994, pp 87 y ss.

fenómeno de la derogación de las normas en general, y de las leyes en particular. Así, el sistema jurídico colombiano es un ordenamiento normativo jerarquizado, en donde la cúspide la ocupa la Constitución (CP art. 4), por lo cual la idea de validez en estricto sentido tiene perfecta cabida. Una norma contraria a los principios y valores constitucionales no es válida. Pero igualmente la Carta establece en muchas ocasiones los elementos mínimos para que determinados actos entren formalmente al orden jurídico, esto es, adquieran vigencia. Por ejemplo, el artículo 157 superior consagra los requisitos para que un proyecto pueda convertirse en ley, pero la ley así adoptada puede ser inconstitucional, con lo cual estaría vigente pero sería inválida. Finalmente, el propio CDU muestra la importancia de distinguir entre validez, vigencia y eficacia, pues en agosto de 1995 esa ley estaba vigente, aparentemente era válida, pero no estaba produciendo efectos, pues sólo entraba a regir 45 días después de su sanción.

11- Los anteriores elementos conceptuales permiten a la Corte precisar el alcance del fenómeno de la derogación. Así, en términos generales, se puede decir que la derogación tiene como función, tal y como lo señala la doctrina y lo ha establecido esta Corporación, dejar sin efecto el deber ser de otra norma, expulsándola del ordenamiento[7]. Por ello se ha entendido que la derogación es la cesación de la vigencia de una disposición como efecto de una norma posterior, por cuanto la derogación no se basa en un cuestionamiento de la validez de la norma -como sucede cuando ésta es anulada o declarada inexequible por los jueces- sino en criterios de oportunidad libremente evaluados por las autoridades competentes, y en especial, en relación con las leyes, por el Congreso. Esta Corte ya había precisado esa diferencia con claridad. Dijo entonces esta Corporación:

Así, la derogación no deriva de conflictos entre normas de distinta jerarquía sino de la libertad política del Legislador, pues ese órgano político decide expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición, ya sea para que la regulación de la materia quede sometida a los principios generales del ordenamiento. Es pues un acto de voluntad política pues el Legislador evalúa, conforme a criterios de conveniencia, cuando es oportuno derogar una determinada disposición (....) En cambio, la inexequibilidad surge de un conflicto normativo entre la Constitución y la ley, que es resuelto jurídicamente por el órgano a quien compete preservar la supremacía de la Carta. El juez constitucional no decide entonces conforme a su voluntad política sino que se limita a constatar esa incompatibilidad, y a expulsar del ordenamiento la disposición legal, por ser ésta de menor jerarquía. (...) En síntesis, y tal y como esta Corporación ya lo había señalado, "la derogatoria es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social, mientras la inexequibilidad es un fenómeno de teoría jurídica que incide tanto en la vigencia como en la validez de la norma. Luego, dentro del ordenamiento jurídico no es lo mismo inexequibilidad que derogación (Sentencia C-145/94. MP Alejandro Martínez Caballero, Fundamento Jurídico No 5)[8]"

---

7 Ver, entre otras, la sentencia C-055 de 1996. Fundamento jurídico No 6. A nivel de la doctrina, ver Hans Kelsen, Ulrich Klug. Normas jurídicas y análisis lógico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp 71.
8 Sentencia C-055 de 1996. Fundamento Jurídico No 7..

Pero la derogación no afecta tampoco *ipso iure* la eficacia de la norma derogada, pues en general las situaciones surgidas bajo su vigencia continúan rigiéndose por ella, por lo cual la norma derogada puede mantener su eficacia, la cual poco a poco se va extinguiendo. Esto es precisamente lo que justifica que la Corte se pronuncie incluso sobre normas derogadas cuando éstas siguen produciendo efectos, con el fin de hacerlos cesar, por ministerio de la declaratoria de inexequibilidad, si tales efectos son contrarios a la Carta,

12- Así precisada la naturaleza del fenómeno derogatorio, para la Corte es claro que en el caso de las leyes, la competencia del Congreso para derogar las normas precedentes encuentra sustento no sólo en el hecho de que expresamente la Carta le confiere esa posibilidad a las cámaras (CP art. 150 ord. 1) sino en el propio principio democrático y en la soberanía popular (CP art. 1 y 3), que hacen que las potestades legislativas, siempre y cuando no violen normas superiores, deben ser consideradas inagotables. El Legislador actual no puede atar al Legislador del mañana, pues esto anularía el principio democrático, ya que unas mayorías ocasionales, en un momento histórico, podrían subordinar a las mayorías del futuro. Esto explica que en el Reino Unido, en donde se considera que el Parlamento es soberano, y por ende ese cuerpo representativo puede hacer todo, salvo cambiar un hombre en mujer, sin embargo la doctrina y la práctica judicial consideran que una ley actual no puede prohibir su derogación por un parlamento posterior, pues admitir esa posibilidad acabaría precisamente con la soberanía misma del parlamento[9]. La derogación de las leyes encuentra entonces sustento en el principio democrático, en virtud del cual las mayorías pueden modificar y contradecir las regulaciones legales precedentes, con el fin de adaptarlas a las nuevas realidades históricas, con base en el juicio político de conveniencia que estas nuevas mayorías efectúen. En materia legislativa, debe entenderse que la última voluntad de los representantes del pueblo, manifestada por los procedimientos señalados en la Carta, prevalece sobre las voluntades democráticas encarnadas en las leyes previas. Tal es pues el fundamento constitucional del principio "lex posterior derogat anteriori".

13- Los anteriores conceptos permiten precisar en que momento se produce el fenómeno derogatorio, para lo cual es necesario diferenciar entre el acto jurídico derogatorio -que es la norma posterior- con el efecto jurídico derogatorio -que es la cesación de vigencia de la norma precedente-. Esta distinción es importante con el fin de poder precisar cuando existe una ley, para saber si una ley es posterior a otra, y cuando se produce efectivamente la derogación, pues esos momentos pueden no coincidir.

Así, para la Corte es claro que el efecto derogatorio de una norma legal tiene lugar a partir de cuando la norma derogatoria es jurídicamente eficaz, puesto que la eficacia es la capacidad de producir efectos, y la derogación es un efecto de la norma. Supongamos que el 10 de julio de 1999 el Congreso expide una ley A, cuyo único objetivo es derogar una ley B. Supongamos igualmente que la ley A, conforme a sus mandatos, sólo entra a regir dos meses después de ser expedida. En tales circunstancias, es claro que la ley B sale del orde-

---

9 Ver en especial el caso Vauxhall Estates Ltd v liverpool Corporation, 1932, 1 KB. 733 citado por Denis Keenan. English Law. Londres: Pitman Publishing, 1989, pp 10 y 510 y ss.

namiento el 10 de septiembre de 1999, a pesar de que la ley A, que la deroga, estaba vigente desde dos meses antes, pues el efecto derogatorio sólo se hace efectivo cuando la ley B ya es aplicable.

Por el contrario, para saber si una ley es posterior a otra, la Corte considera que se debe tomar en cuenta su vigencia, y no su validez o eficacia, por cuanto la voluntad de los representantes del pueblo se perfecciona en el momento en que la ley nace, conforme a los requisitos mínimos exigidos por la Carta, y entra entonces a hacer parte del ordenamiento, sin importar que la norma sea o no aplicable. En efecto, admitir que la eficacia es el punto que se debe tomar en cuenta para determinar la posterioridad o no de una ley, no sólo desconoce el fundamento constitucional del fenómeno de la derogación -que es la voluntad de las mayoría en virtud del principio democrático- sino que conduce a resultados jurídicos inadmisibles. Para mostrarlo basta un ejemplo. Supongamos que el Legislador expide la ley 01 del 30 de julio del 2000, la cual establece un nuevo delito, como podría ser la evasión de impuestos, pero considera conveniente dar un plazo a los ciudadanos para adaptar sus comportamientos a esa definición legal, por lo cual dice que la ley empezará a regir dos años después. Ahora bien, supongamos que a los pocos meses, y luego de un amplio debate nacional, el Congreso concluye que la penalización de la evasión de impuestos en delitos es un error en términos de política criminal. Se expide entonces la ley 02 del 10 de diciembre de ese mismo año, que deroga la primera ley, que todavía no ha entrado a regir. Si consideráramos que la posterioridad de una ley se cuenta a partir de su eficacia, entonces deberíamos concluir que la ley 02 del 10 de diciembre del 2000 no puede derogar a la ley 01 del 30 de julio del 2000, por cuanto ésta, a pesar de haber sido expedida antes, entra a regir después. De esa manera, permitiríamos no sólo que un Congreso ate normativamente a sus sucesores, sino que la seguridad jurídica se vería afectada.

14- Es pues claro que si bien el efecto derogatorio se produce únicamente cuando la norma derogatoria es eficaz, por el contrario para determinar la posterioridad de una ley se debe tomar en cuenta su vigencia y no su eficacia. Ahora bien, esto remite a una nueva pregunta: ¿Y cuándo se entiende que una ley adquiere vigencia, esto es, a partir de qué momento se incorpora formalmente al ordenamiento?

En otros ordenamientos jurídicos, en particular en los regímenes parlamentarios, existe alguna discusión doctrinaria sobre si la vigencia de una ley comienza a partir de la aprobación por el parlamento o de la sanción por el jefe de Estado, por cuanto esta sanción tiene en tales ordenamientos un valor puramente formal. En el caso colombiano, esa discusión no tiene sentido pues es claro que la vigencia de una ley sólo comienza a partir de la sanción presidencial, o en su defecto, de la que efectúe el Presidente del Congreso, en casos excepcionales (CP art. 168), no sólo porque la Carta expresamente establece que un proyecto para convertirse en ley requiere de la correspondiente sanción del gobierno (CP art. 1257 ord. 4°) sino, además, porque esa sanción no tiene en nuestro ordenamiento un sentido puramente formal ya que la Constitución confiere al Presidente la posibilidad de objetar los proyectos de ley (CP arts 166 y 167).

La solución del problema planteado sobre la derogación o no de las expresiones acusadas.

15- El anterior análisis conceptual muestra claramente que no es posible sostener que el CDU es posterior a la Ley 201 de 1995 por haber entrado a regir dos meses después, ya que ambas leyes fueron aprobadas el mismo día. Por consiguiente las dos leyes son coétaneas, lo cual muestra que en este caso resulta imposible aplicar la regla "lex posterior derogat anteriori". Con todo, la Corte considera que el problema sobre la derogación o no de las expresiones acusadas puede ser resuelto con base en una reconstrucción de la voluntad legislativa sobre el punto pues, como vimos, el principio democrático es el fundamento constitucional de la derogación y de la propia regla según la cual la ley posterior prevalece sobre la anterior.

Es claro, como se vio, que el Legislador, por medio del CDU, quiso unificar los regímenes disciplinarios, incluyendo el de la Procuraduría, pues no sólo esa ley no exceptúa al Ministerio Público de sus normas sino que en ningún momento, en los debates sobre el tema durante el trámite de este estatuto disciplinario, se previó un régimen especial para esa entidad. Una conclusión se impone: el CDU quería derogar las disposiciones disciplinarias que hasta ese momento se aplicaban a la Procuraduría, efecto derogatorio que, por la propia voluntad del Congreso, sólo se haría efectivo dos meses después de que se sancionara el CDU. En este caso la voluntad legislativa es evidente.

En cambio, el Congreso, al tramitar la Ley 201 de 1995 en ningún momento quiso consagrar un régimen disciplinario especial para la Procuraduría sino que se limitó a prolongar el régimen que hasta ese momento se aplicaba a esos funcionarios, pues al expedirse esa ley, esos servidores se encontraban sometidos a los decretos señalados por las expresiones acusadas. No hubo pues voluntad de establecer un régimen especial.

En tales condiciones, la Corte considera que es posible armonizar los mandatos contenidos en el CDU y en las expresiones acusadas de la Ley 201 de 1995. Así, esos mandatos son contradictorios si se asume que ambas disposiciones tenían vocación de permanencia, pues no se sabría si los funcionarios de la Procuraduría están sometidos al CDU o a los artículos pertinentes de los decretos 250 de 1970 , 1660 de 1978 y 3404 de 1983. Sin embargo, teniendo en cuenta la voluntad del Legislador de que el CDU entrara a regir dos meses después, es posible armonizar ambos mandatos en la siguiente forma: al ser sancionadas las dos leyes el mismo día, pero al estar sometida a un plazo la entrada en vigor del CDU, entonces se entiende que durante esos dos meses, y mientras se comenzaba a aplicar el CDU, el régimen de los miembros de la Procuraduría era el contenido en las expresiones acusadas de la Ley 201 de 1995. Sin embargo, como el CDU quería unificar el régimen disciplinario para todos los servidores públicos, con excepción de los miembros de la Fuerza Pública, entonces se entiende que fue voluntad del Congreso que en el momento en que sus disposiciones entraran a ser aplicadas derogaran las expresiones acusadas. A partir de tal momento los miembros de la Procuraduría quedan sometidos a los mandatos del CDU. Esto significa entonces que a partir de esa fecha, las expresiones acusadas se encuentran derogadas.

16- La Corte considera que la anterior es la única interpretación que permite armonizar esos mandatos pues, como ya se vio, en el presente caso no es posible aplicar la regla según

la cual ley posterior prevalece, pues las normas fueron sancionadas el mismo día. Y tampoco es posible aplicar mecánicamente la regla según la cual la ley especial prevalece sobre la general pues en este caso la norma general -el CDU- había sido promulgada precisamente para abolir todos los regímenes especiales, sin excepción alguna. Por ello la única forma de resolver el interrogante fue la de reconstruir la voluntad legislativa, tal y como se hizo en esta sentencia. Con todo, la Corte no puede dejar de señalar que la falta de técnica legislativa en este caso es evidente, pues dos proyectos con contenidos parcialmente contradictorios son tramitados al mismo tiempo y sancionados el mismo día, sin que el Legislador señale explícitamente a los operadores jurídicos cómo se deben armonizar las normas, con lo cual se genera una enorme inseguridad jurídica, la cual hubiera podido ser fácilmente evitada con una mínima atención que se hubiera prestado al asunto. Por ejemplo, hubiera bastado señalar que el régimen especial de la Procuraduría sólo se aplicaría mientras entraba en vigor el CDU.

Pronunciamiento de fondo e improcedencia de los cargos del actor.

17- Una vez mostrado que las expresiones acusadas no se encuentran vigentes, la Corte entra a estudiar si los supuestos normativos derogados continúan produciendo efectos jurídicos[10], pues de lo contrario, el pronunciamiento de constitucionalidad sobre los apartes demandados de los artículos 8°, 45 y 173, resulta innecesario por carencia actual de objeto y, en consecuencia deberá producirse fallo inhibitorio en lo pertinente.

Pues bien, el artículo 176 de la Ley 200 de 1995 dispone que "los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior", por lo cual los trámites que se adelantan bajo la vigencia de las normas acusadas terminan su eficacia con decisión ejecutoriada por expreso mandato del CDU. De otro lado, como se deduce claramente de la fecha en que entra en vigor la Ley 201 de 1995 y la vigencia de la Ley 200 de 1995, las disposiciones acusadas en principio tuvieron una cortísima vida jurídica, pues su eficacia se mantuvo por 45 días. Es pues bastante difícil que durante ese período exista un proceso "con oficio de cargos notificado legalmente". Sin embargo ello no es imposible, por lo cual el pronunciamiento de fondo es necesario.

18- Ahora bien, el propio examen de la vigencia o no de las expresiones acusadas muestra que el cargo formulado no tiene ningún sustento, pues los decretos a que hacen referencia esas expresiones no habían sido derogados por el CDU al momento de expedirse la Ley 200 de 1995, como equivocadamente lo presupone el actor. Esa derogación sólo se produce 45 días después, cuando adquiere eficacia el CDU, exactamente al mismo momento en que son también derogadas las expresiones acusadas, con lo cual los supuestos del ataque del demandante se derrumban.

---

10 En relación con la necesidad de pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional sobre normas derogadas que continúan produciendo efectos jurídicos, entre otras, pueden consultarse las sentencias C-467 de 1993, C-047 de 1994, C-177 de 1994, C-264 de 1994. C-505 de 1995, C-537 de 1995, C-252 de 1996, C-558 de 1996

Con todo, incluso si los presupuestos del actor fueran ciertos, no por ello habría violación del principio de legalidad, pues bien puede el Legislador estructurar un régimen disciplinario con base en normas que habían sido derogadas en el pasado, siempre y cuando la referencia sea precisa e inequívoca. Es cierto que en general se acepta que una norma derogada no revive por la sola referencia que a ella haga otra ley sino que, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, es necesario un "nuevo acto de voluntad política" para poder "revivir la norma inicialmente derogada[11]" Sin embargo, cuando el Legislador señala que el régimen disciplinario para determinados funcionarios es el contenido en la ley A del año B, normas que habían sido derogadas, no está haciendo una simple referencia sino que está manifestando la inequívoca voluntad política de reincorporar al ordenamiento esas disposiciones, por lo cual el procedimiento es admisible, si bien puede no ser el más adecuado en términos de técnica legislativa y de seguridad jurídica.

Régimen disciplinario especial y principio de igualdad.

19- La Corte recuerda que el control constitucional de los actos sometidos a su análisis no es rogado sino integral, por cuanto corresponde a esta Corporación estudiar las normas impugnadas frente a la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales señaladas por el actor. Así, si la Corte encuentra que el acto impugnado adolece de vicios de constitucionalidad materiales o procedimentales distintos a los señalados por el demandante, debe entrar a estudiarlos, aun cuando el actor no los haya considerado[12]. Por ello, y aunque el actor no incluyó entre los cargos la eventual violación de igualdad por las expresiones demandadas de los artículos 8, 45 y 173 de la Ley 201 de 1995, entra la Corte a estudiar si la consagración de un régimen disciplinario especial para las funcionarios de la Procuraduría desconoce ese principio constitucional. En efecto, podría pensarse que en la medida en que la Corte declaró exequibles las expresiones "todos", "sin excepción alguna" y "o especiales", contenidas en el artículo 177 del CDU o Ley 200 de 1995[13], con lo cual quedaron derogados todos los regímenes disciplinarios especiales, salvo las excepciones contempladas en la Constitución, entonces es inexequible que existan regímenes especiales distintos a los previstos por la propia Carta. Sin embargo ese argumento no es de recibo, por cuanto desconoce el sentido de la decisión de la Corte y el alcance del principio de igualdad en este campo. En efecto, al declarar exequible el artículo 177 del CDU, la Corte simplemente señaló que el Congreso podía establecer un régimen disciplinario unificado para todos los servidores públicos, siempre y cuando respetara aquellos casos en que la Constitución exigía un régimen especial para determinados funcionarios, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública. Sin embargo, en ningún momento la Carta obliga al Legislador a consagrar un sólo régimen, pues en esta materia el Congreso tiene una amplia libertad de configuración. Por ende, el Legislador puede consagrar regímenes disciplinarios especiales, si considera que existen razones de conveniencia que justifican su existencia, y siempre y cuando esa diferencia de trato encuentre un fundamento razonable. Esta Corporación ya había señalado al respecto:

---

11 Sentencia C-055 de 1996. Fundamento Jurídico No 7.

12 Al respecto ver, entre otras, la sentencia C-531/95, Fundamento Jurídico No 2°.

13 Sentencia C-280/96. Fundamento Jurídico No 4.

La interpretación de la Corte acerca de que el CDU se aplica a todos los servidores públicos, con excepción de los miembros de la fuerza pública, no implica que para las diferentes ramas y órganos del Estado no se puedan dictar normas disciplinarias propias, conforme a la naturaleza especial de sus funciones. La Ley 200 de 1995 sirve como marco general del régimen disciplinario, pero se pueden crear normas disciplinarias específicas, de acuerdo con las peculiaridades de las ramas del poder público y de las funciones de cada órgano. De hecho, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en los artículos 150 a 154, contiene importantes disposiciones aplicables a los funcionarios judiciales. En punto a inhabilidades, incompatibilidades, derechos, deberes y prohibiciones[14].

En tales circunstancias, la Corte concluye que la consagración de un régimen especial para los funcionarios de la Procuraduría es admisible, pues encuentra un fundamento objetivo y razonable en las peculiaridades de ese órgano de control. En efecto, esta entidad tiene funciones particulares, entre las cuales se encuentra en especial la supervigilancia disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas (CP art. 277 ord 5°). Es pues admisible que, entre otras razones, el Legislador considere que no deben estar sometidos al régimen disciplinario ordinario sino a uno especial aquellos funcionarios que tienen a su cargo el control disciplinario preferente del resto de servidores públicos. Por todo lo anterior, la Corte concluye que las expresiones demandadas de los artículos 8, 45 y 173 de la Ley 201 de 1995 son materialmente exequibles.

Límites a la facultad discrecional de traslado de servidores públicos

20. El cargo del actor contra los artículos 80 y 178 de la Ley 201 de 1995 es diverso. Según su criterio, la facultad discrecional del Procurador General de la Nación para modificar las sedes y las dependencias de los servidores de la Procuraduría General, en razón a las necesidades del servicio, es contraria al derecho de estabilidad del empleo de los trabajadores y de su familia. Por su parte, la Vista Fiscal considera que esa posibilidad de variar las sedes encuentra respaldo en la necesidad de que la Procuraduría cumpla adecuadamente sus funciones en la forma que exige el artículo 209 de la Constitución. Ahora bien, la Carta consagra como principio mínimo fundamental en materia laboral la garantía de la estabilidad en el empleo (C.P. art. 53), pero igualmente establece un sistema especial para la vinculación laboral de los funcionarios públicos (C.P. art. 125) y señala unos principios que deben orientar la función administrativa, entre los cuales se encuentran la eficacia, la economía y la celeridad. Un interrogante surge para Corte: ¿los servidores públicos tienen derecho a la misma garantía de estabilidad en el empleo que contempla el régimen jurídico laboral privado? En otros términos, ¿la diferencia de regímenes jurídicos en la vinculación laboral autoriza la atenuación de la garantía mínima de estabilidad del trabajador al servicio del Estado?

21. Para resolver el anterior interrogante, la Corte encuentra que la relación entre el Estado y sus trabajadores debe regirse teniendo en cuenta dos aspectos determinantes. En

14 Sentencia SU-637/96. Fundamento Jurídico No 7.

primer lugar, los servidores públicos son las personas de las cuales el Estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas para la búsqueda de los objetivos públicos, por lo cual la relación de trabajo al interior de la administración pública comporta un contenido de interés general (C.P. inciso 2 art. 123), pues el cumplimiento de las funciones administrativas del Estado se hace efectivo y se concreta a través de la actividad de personas físicas que plasman el interés de una colectividad organizada. Y, en segundo lugar, no debe olvidarse la posición privilegiada en que se encuentra la persona en la Constitución, pues en una Carta Política con clara orientación humanista, el individuo trabajador no puede ser tan sólo un instrumento de ejecución de políticas estatales, sino que goza de efectivas y permanentes garantías inherentes a su *status*. Por consiguiente, los trabajadores del Estado también gozan de derechos derivados del empleo, toda vez que tanto los funcionarios como los empleados públicos deben disfrutar de las efectivas y permanentes garantías inherentes a su condición de individuos que prestan su mano de obra remunerada para la consecución de un fin determinado. Esto significa que si bien para determinados efectos puede ser relevante constitucionalmente la diferenciación entre trabajadores de la administración, quienes ejercen su función por condiciones especiales de sujeción al desarrollo de intereses colectivos, y los trabajadores que se rigen por el derecho privado, en todo caso existen derechos laborales mínimos que deben respetarse.

En este orden de ideas, en la relación laboral de los trabajadores del Estado existe una tensión entre la obligatoriedad de la eficacia de los principios que rigen la función pública (C.P. art. 209), y las garantías laborales del servidor público (CP art. 53), tensión que debe ser ponderada según las características específicas de los casos concretos y de las regulaciones normativas analizadas por los jueces. Con todo, la Corte considera que existen dos aspectos básicos que deben ser tomados en consideración, criterios fundamentales. En primer lugar, la distinción constitucional de los tipos de nombramiento del personal que realiza la administración (C.P. art. 125), ya que la vinculación en puestos de carrera administrativa o en plazas de libre nombramiento y remoción justifica una variación sustancial del contenido y alcance del principio a la estabilidad del cargo público. Así, por su propia naturaleza, los cargos de libre normbramiento y remoción gozan de una precaria estabilidad pues el ordenamiento deja un margen más amplio de discrecionalidad al nominador, toda vez que aspectos tales como la confianza y la credibilidad que recaen sobre el trabajador pueden determinar la disponibilidad del cargo. El segundo aspecto para considerar es la diferencia entre las dos aristas de la estabilidad en el empleo, que son el concepto de permanencia del vínculo laboral como tal y la inalterabilidad de las condiciones mismas de trabajo de los funcionarios. Sin embargo, en razón a que el caso que nos ocupa se refiere al traslado de los agentes del Ministerio Público y de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, la presente sentencia se limitará a analizar únicamente este segundo aspecto.

22- El traslado junto con el ascenso y el encargo son formas de desplazamiento de personas vinculadas al servicio (Artículo 24 del Decreto 1950 de 1973), los cuales se conciben como mecanismos que permiten cierta flexibilidad en la planta de personal de las entidades del Estado para la ejecución de los planes y políticas administrativas. Así mismo, las condiciones de idoneidad técnica, moral y subjetiva del personal al servicio del Estado son determinantes para el logro de los objetivos encomendados, puesto que a pesar de que la

idoneidad se integra por valores y requisitos subjetivos, el perfil del trabajador se coloca en mira del ejercicio de las funciones estatales y del diseño de políticas estructurales como condición vital para la existencia y continuación de la administración pública. Es por ello que la estabilidad en el empleo público no debe confundirse con la inamovilidad funcional y geográfica del cargo, puesto que si bien, en principio, la regla general es la permanencia en la labor encomendada, el ejercicio de la discrecionalidad organizativa de la administración permite que se evalúe el equilibrio entre las necesidades de la organización y los derechos de su personal, con base en límites que determinan su legalidad.

De esa manera, la administración, en ejercicio de su potestad de mutabilidad de los términos de la relación laboral o contractual configurada puede, dentro de un margen de discrecionalidad administrativa, introducir las modificaciones que sean necesarias y convenientes para el logro más eficiente de las necesidades colectivas asignadas. Por ello, esta Corporación había considerado que en principio los sistemas de planta de personal global y flexible, como el que prevé la ley de la Procuraduría, son admisibles, dentro de ciertos límites, con el fin de "garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden"[15]. Sin embargo, esta Corte también ha precisado que la discrecionalidad para trasladar subalternos dentro una respectiva entidad tiene como base la búsqueda del correcto funcionamiento de las instituciones, por lo cual no puede traducirse en arbitrariedad. Dicho de otra manera, la potestad discrecional no es absoluta en la medida que se encamina a cumplir los principios de la función pública y a desarrollar los fines del Estado, por lo cual la decisión debe ejecutarse "en función de las circunstancias teleológicas y materiales establecidas en la norma que la autoriza"[16]. Así, la potestad organizativa de la administración es amplia, pero está limitada por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y en particular por los derechos que la Constitución y la ley reconocen a los funcionarios.

En tales condiciones, la jurisprudencia de la Corte Constitucional[17] ha decantado los elementos que limitan la potestad de la administración para trasladar de sede y de funciones a los servidores públicos. Esta Corporación sintetizó entonces esos criterios los siguientes términos:

En conclusión, de la jurisprudencia de la Corte sobre traslados se deduce que la administración goza de discrecionalidad para decidir sobre la reubicación de su personal. No obstante, esta libertad se ve limitada de la siguiente manera: a) el traslado debe efectuarse a un cargo de la misma categoría y con funciones afines; b) para la concesión o la orden de traslado debe atenderse a las consecuencias que él

---

15 Sentencia T-715 de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz., Fundamento Jurídico No 8.

16 Sentencia C-318 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Sobre el tema también pueden verse las sentencias C-100 y C-176 de 1996. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Igualmente, sobre los objetivos de la facultad discrecional, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-031 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara, T-303 de 1994. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, C-072 de 1996 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

17 Pueden verse las sentencias T-330 de 1993, T-483 de 1993, T-170 de 1994, C-356 de 1994, T-113 de 1995, T-135 de 1995, T-016 de 1995, T-181 de 1996, T-514 de 1996, T-02 de 1997, entre otras.

puede producir para la salud del funcionario; y c) en circunstancias muy especiales la administración debe consultar también los efectos que la reubicación del funcionario puede tener sobre el entorno del mismo.

Asimismo, la Corte ha precisado que el grado de discrecionalidad de algunas instituciones en punto al traslado es mucho mayor - y por lo tanto es más restringida la posibilidad de control del juez constitucional sobre los actos que dispongan la reubicación -, de acuerdo con la naturaleza de la entidad y el tipo de funciones que desarrolla. [18]

La Corte reitera entonces que la facultad discrecional del traslado de funcionarios públicos tiene límites, cuyo alcance conviene recapitular.

23. En primer lugar, se requiere que el traslado sea consecuencia de la necesidad del servicio, que implica una libertad más o menos amplia de apreciación del interés público, pues si bien el Legislador atribuye al nominador la facultad de valoración de un supuesto dado, también le exige que la decisión obedezca a razones ecuánimes, imparciales y honestas que la fundamentan. En otros términos, la necesidad del servicio es un valor objetivo del interés público que se evidencia tanto en la evaluación de las metas que se propone el Estado, como en la razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad legal del traslado (Art. 36 del Código Contencioso Administrativo). Sin embargo, no sobra advertir que el requisito de rectitud en la razón del traslado no está directamente relacionado con que efectivamente se obtenga el resultado esperado dentro del plazo establecido para el logro de la meta encomendada, por lo cual la decisión del desplazamiento de personal no necesariamente es ilegítima o está sujeta a revocatoria si hubo incumplimiento de la tarea asignada.

24. El segundo requisito para determinar la constitucionalidad del traslado es la evaluación de ciertas condiciones subjetivas del trabajador, pues no se le puede imponer una dificultad material de tanta magnitud que el desplazamiento de sede se convierta en una verdadera imposibilidad de ejercer la función en el nuevo lugar o destino, ni tampoco que el traslado implique condiciones menos favorables para el empleado (artículo 30 del Decreto 1950 de 1973). En relación con la interpretación del concepto de "condiciones menos favorables", la Corte coincide con los criterios adelantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, los cuales permiten tener claridad al respecto. Esa Corporación manifiesta que dentro de las condiciones menos favorables "también están comprendidos la seguridad social del empleado, su bienestar que comprende también el grupo familiar, el medio en el cual vive y sus incidencias económicas, de modo que esos factores también cuentan en el salario y en la forma como se presta el servicio." Agrega, además que "para un trabajador que vincula su vida al servicio del Estado (...) no puede darse por la Administración un tratamiento que no sea humano al empleado con el solo y materialista argumento de que su salario no le fue disminuído en el monto con que mensualmente se le retribuye." [19] En otro pronunciamiento, el Consejo de Estado también precisó:

---

18 Sentencia T-715 de 1996. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 11.

19 Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 12 de febrero de 1980. C.P. Dr. Ignacio Reyes Posada.

"La estabilidad que brinda la carrera administrativa no se cumple solamente con la observancia externa de elementos formales tales como el grado del cargo, el nombre del empleo y la similitud de sus funciones en el caso de un traslado, sino que además ella se objetiviza con el comportamiento de la administración frente al empleado y el análisis de las necesidades del servicio.

En el caso objeto de examen, si bien la administración respetó al empleado trasladado el grado salarial, el nivel del empleo, sus funciones y requisitos para el desempeño del empleo, no guardó su derecho a la estabilidad, el cual vulnera el derecho que le otorga la carrera, por cuanto se desconoció el principio de no desmejoramiento, puesto que dicho traslado le causó perjuicios de orden familiar, económico y personal..." [20]

25- En tercer lugar, la constitucionalidad del traslado depende de que se respeten las condiciones mínimas de afinidad funcional entre el cargo al cual fue inicialmente vinculado y el nuevo destino, pues conforme al artículo 29 del Decreto 1950 de 1973 "se produce traslado cuando se provee, con un empleado, en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones a fines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares."

Así las cosas, la aplicación de las garantías inherentes al *status* del trabajador del Estado que se plasman en la Constitución en el principio de la estabilidad en el empleo, (C.P. art. 53), en el derecho a una remuneración por la prestación de servicios (C.P. art. 53), en la obligatoriedad del trabajo en condiciones dignas y justas (C.P. art. 25) y, en la igualdad de acceso a la función pública (C.P. art. 53 y 125), determinan que la "potestad organizatoria" sea una atribución limitada. Por consiguiente, la administración debe tener en cuenta los derechos del trabajador reconocidos por el ordenamiento jurídico cuando ejerce su potestad discrecional de variar sedes para desarrollar adecuadamente sus funciones. organizar su estructura desde el punto de vista de los funcionarios que ejecutan la labor encomendada legal y constitucionalmente. Por lo tanto, la simple alegación de intereses generales o la invocación de la necesidad del servicio no son argumentos suficientes para justificar *per se* un traslado, pues si la Administración no respeta los criterios anteriormente señalados estaría lesionando derechos subjetivos reconocidos por la propia Constitución.

26. Las anteriores precisiones conducen a esclarecer que los Agentes del Ministerio Público, los cuales de acuerdo con el artículo 153 de la Ley 201 de 1995[21], son funcionarios de libre nombramiento y remoción, y los trabajadores vinculados a la Procuraduría General por la misma forma de nombramiento, pueden ser trasladados siempre y cuando se cumplan los requisitos mínimos para el traslado. Sin embargo conviene aclarar que los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, en razón a su *status*, tienen derechos

---

20 Sentencia Sección Segunda del Consejo de Estado de octubre 30 de 1995 C.P. Dr. Diego Younes Moreno. Expediente 7106.

21 Norma que fue declarada exequible por esta Corporación, en la sentencia C-037 de 1997. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

y garantías de estabilidad más flexibles, por lo cual la variación de sedes de acuerdo con las necesidades del servicio es una facultad acorde claramente con la Constitución. Por el contrario, la facultad de traslado de los funcionarios vinculados en la carrera administrativa debe efectuarse por la necesidad del servicio y teniendo en cuenta todos los límites del poder discrecional organizativo de la administración anteriormente señalados, lo cual debe ser ponderado en cada situación por la autoridad que tiene a su cargo el control jurisdiccional del acto administrativo que ordena el traslado. Por ello, la Corte encuentra que es necesario condicionar la constitucionalidad del artículo 178 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que la facultad del traslado de los empleados de carrera administrativa deberá surtirse de conformidad con los límites del poder discrecional organizativo de la administración

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

Primero.- **ESTARSE A LO RESUELTO** por la Corte Constitucional en sentencia No. C-334 de agosto 1° de 1996 que:

a) declaró exequibles las expresiones *"agentes del Ministerio Público", "los agentes adscritos al Despacho, y todos los servidores que tengan funciones de seguridad, cualquiera que sea la denominación del cargo"*, contenidas en el literal a) del artículo 136 de 1995.

b) declaró inexequibles el parágrafo del artículo 12 de la Ley 201 de 1995 y la expresión *"y los demás empleos que integren la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales"* del literal a) del artículo 136 de esa misma ley.

Segundo.- **DECLARAR EXEQUIBLES** las expresiones *"en el Decreto 3404 de 1983, de acuerdo con los artículos 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166 y 169 a 177 del Decreto 1660 de 1978, o con base"* contenida en el artículo 8° de la Ley 201 de 1995; *"por el procedimiento establecido en el Decreto 3404 de 1983, de acuerdo con los artículos 158, 161, 162, 163, 164, 165, 166 y 169 a 177 del Decreto 1660 de 1978, o las normas que les sustituyan"* contenida en el artículo 45 de la Ley 201 de 1995; y *"el Decreto 250 de 1970 y en el 1660 de 1978 y en"* contenida en el artículo 173 de la Ley 201 de 1995.

Tercero.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"y variar las sedes"*, contenida en el artículo 80 de la Ley 201 de 1995.

Cuarto.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"o donde las necesidades del servicio así lo exijan"*, contenida en el artículo 178 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que la facultad del traslado de los empleados de carrera administrativa deberá surtirse de conformidad con los límites del poder discrecional organizativo de la administración.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-444
septiembre 18 de 1997

PRIMA TECNICA-Cómputo como factor salarial/**DERECHO A LA IGUALDAD DE PENSIONADOS**-No se viola con establecimiento de mejores condiciones

La ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado; lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales, es desmejorar los derechos ya reconocidos.Mientras no exista un derecho adquirido, la ley puede modificar las condiciones para la adquisición de la pensión, los montos, requisitos, etc. ***Dentro de este contexto, es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido su derecho pensional, no se encuentran en la misma situación.*** *Por tanto, la ley puede otorgar tratamiento diferente a unos y otros. Es decir, no se da el primer presupuesto para que pueda hablarse de violación del derecho a la igualdad: la identidad entre los supuestos de hecho frente a los cuales se realiza la correspondiente comparación. No se vulnera el derecho a la igualdad de los pensionados, cuando una ley posterior a su jubilación establece para quienes aún se encuentran laborando y no han entrado a disfrutar de este derecho, mejores condiciones o beneficios que puedan implicar un mayor valor de la mesada pensional.La desigualdad que se alega en la exposición de motivos es un sofisma. Sin embargo, ello no permite desconocer que fue voluntad del legislador, en desarrollo de su autonomía, asignarle carácter salarial a la prima que reciben ciertos servidores públicos, facultad que no le está prohibida.Si las razones que se adujeron para ello fueron acertadas o no, es un juicio que sólo corresponde ejercer a esta Corporación, cuando de él resulte la vulneración a la Constitución, lo que en el caso en estudio no aconteció.Cuando el legislador optó por modificar la naturaleza de esta prima, no desconoció derecho alguno de los pensionados bajo el régimen de la ley 4ª de 1992.*

Referencia: Expediente D-1595

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 1° (parcial) de la ley 332 de 1996 "Por la cual se modifica la ley 4ª de 1992 y se dictan otras disposiciones."

Demandante: Humberto Fernández Vega

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, según consta en acta número cuarenta y tres (43) de la Sala Plena, a los diez y ocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Humberto Fernández Vega, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución, presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad, en contra del artículo 1° de la ley 332 de 1996.

Por auto del catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), el Magistrado sustanciador admitió la demanda, ordenó la fijación en lista, para asegurar la intervención ciudadana. Así mismo, dispuso comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente del Congreso de la República. Igualmente, dio traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, para que rindiera su concepto.

Cumplidos los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991 y recibido el concepto del señor Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. Norma demandada.

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

"Ley Número 332 de 1996
(Diciembre 19)

"Por la cual se modifica la ley 4ª de 1992 y se dictan otras disposiciones"

"Artículo 1°- La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, **que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio**, hará parte del ingreso base únicamente para los efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecidas por la ley.

"La anterior prima **con las mismas limitaciones**, también se aplicará a los magistrados auxiliares y abogados asistentes de las altas cortes, magistrados de los Consejos Seccionales de la judicatura, magistrados del Tribunal Nacional y magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los procuradores delegados de la Procuraduría General de la Nación."

B. La demanda.

En concepto del actor, los apartes acusados desconocen el principio a la igualdad, al excluír a los jubilados bajo el imperio de la ley 4ª de 1992, del beneficio que crea el artículo 1° de la ley acusada. Beneficio que consiste en darle el carácter de salario a la prima técnica de carácter especial que reciben algunos servidores públicos, para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación, carácter del que carecía por disposición expresa del artículo 14 de la ley 4ª de 1992.

Todos los servidores públicos que reciben la prima técnica de que trata la ley 4ª de 1992, ostentan las mismas condiciones para que tal prima tenga efectos prestacionales. Por tanto, no existe razón que justifique que sólo los funcionarios que se jubilen con posterioridad a la publicación de la ley acusada, o que teniendo reconocida su pensión aún se encuentren en servicio, puedan solicitar que esa prima se compute como factor salarial. Según el demandante, los apartes acusados introducen "una discriminación irracional, entre pares, por simples motivaciones temporales, y aún podría serlo, también, por consideraciones fiscales que de todos modos no pueden ser imputables a los funcionarios públicos protegidos por el status de 1992, y que deben continuar siéndolo, por los efectos que tiene la reforma de 1996".

C. Intervención ciudadana.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma parcialmente acusada, presentó escrito el ciudadano José Mario Cardona Ramírez, designado por el Ministerio de Hacienda.

Según este interviniente, el demandante parte de un supuesto errado, al considerar que los pensionados bajo la vigencia de la ley 4ª de 1992 deben ser considerados como empleados públicos, pues una vez obtuvieron la pensión correspondiente, dejaron de ser servidores públicos y, por tanto, la ley acusada, cuyo objeto fue modificar la ley que regula los aspectos salariales y prestacionales de los **servidores públicos**, mal haría en regular un beneficio para quienes no tienen tal calidad. Al respecto afirma:

> "Por el hecho de haber percibido la prima especial sin carácter salarial, los pensionados de la Rama Judicial - con anterioridad a la Ley 332 de 1996- no se deduce que deba hacer parte del cómputo respectivo para la pensión de jubilación, se trata pues de ex servidores públicos que tienen una situación jurídica definida bajo el imperio de la ley vigente al momento de adquirir tal calidad."

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

El cinco (5) de mayo de 1997, el Procurador General de la Nación, doctor Jaime Bernal Cuellar, rindió el concepto de rigor, en el que pide declarar **EXEQUIBLES** los apartes acusados del artículo 1° de la ley 332 de 1996. Se transcriben las razones que esgrime el Ministerio Público para solicitar su exequibilidad:

> "La disposición acusada no contraviene el artículo 13 de la Constitución; por el contrario lo efectiviza, en tanto termina con la discriminación existente con los servido-

res públicos beneficiarios de la prima especial, quienes a diferencia del resto de funcionarios del sector oficial, reciben una pensión por debajo del 50% de la asignación habitual al momento de desvicularse del servicio.

"No se afecta el derecho a la igualdad de los funcionarios que se pensionaron y retiraron con anterioridad a la vigencia de la ley 332 de 1996, porque estas personas habían consolidado su status pensional bajo el imperio de la ley 4ª de 1992, de manera que no podía el legislador en forma retroactiva modificar su derecho, a costa de desconocer flagrantemente el principio general inmediato de la leyes laborales (art. 16 C.S.T.)

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 una norma que hacen parte de una ley (numeral 4, artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Para el demandante, los apartes de la norma acusada desconocen el derecho a la igualdad de los pensionados bajo el régimen de la ley 4ª de 1992, puesto que la prima técnica que ellos recibieron no se les computó como factor salarial para efectos de cuantificar el monto de su pensión, a diferencia de quienes se lleguen a pensionar después de la vigencia de la ley acusada, quienes sí tendrán derecho a ese beneficio.

Se examinará, en consecuencia, este argumento.

Tercero.- La prima técnica a que hace referencia el artículo 1° de la ley 332 de 1996, fue creada por el artículo 14 de la ley 4ª de 1992, en los siguientes términos, y declarada exequible en la sentencia C-279 de 1996.

"El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, **sin carácter salarial** para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1°) de enero de 1993.

"Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del

Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil." (subraya fuera de texto)

El monto de esta prima se fijó en un 30% del salario básico mensual.

La modificación que introdujo el artículo 1° de la ley 332 de 1996, consistió en asignarle **carácter salarial** a esta prima, pero sólo para efectos pensionales, naturaleza que no tenía por expresa disposición del artículo 14 transcrito.

El objeto de la ley acusada, según se lee en sus antecedentes, es reconocer a los servidores públicos allí enunciados, como monto pensional, por lo menos, un 75% del ingreso mensual que percibían al momento del retiro. Al respecto, se expresó:

"...para efectos de la llamada pensión de jubilación, la prima prevista en el inciso (primero del artículo 14 de la ley 4ª de 1992) referido no se tiene en cuenta, lo cual implica un perjuicio o, mejor, cierta discriminación para los mencionados funcionarios, toda vez que en sentido práctico, dichos servidores reciben como pensión en promedio el 46% de sus ingresos habituales al momento de retirarse del servicio público.

"En nuestra condición de ponentes, desde el principio nos identificamos plenamente con esta aspiración. Se pretende que la pensión de jubilación sea nivelada, es decir, que sea igualada en el porcentaje de los ingresos laborales a las demás del resto del sector público. Procura, en consecuencia, que dicha pensión sea por lo menos del 75% de los ingresos laborales al momento de retirarse el servidor público." (Gaceta del Congreso No. 468, del 25 de octubre de 1996, pág 2).

Como puede observarse, los servidores públicos que se jubilen con posterioridad a la vigencia de la ley 332 de 1996, tendrán derecho a que la prima especial se tenga en cuenta para efectos de liquidar la respectiva pensión, beneficio del que no gozaron quienes ya la recibieron.

Por tanto, surge el interrogante de si se viola el principio de igualdad en perjuicio de los pensionados bajo el régimen de la ley 4ª de 1992, a quienes la prima especial no se les tuvo en cuenta al momento de liquidarles la pensión, en relación con los servidores públicos que se jubilen con posterioridad a la expedición de la ley 332 de 1996.

Para resolver esta cuestión, es necesario establecer si quienes eran servidores públicos y se jubilaron bajo el régimen de la ley 4ª de 1992, en relación con aquellos que aún se encuentran laborando, se hallan en una misma situación jurídica, pues sólo se puede hablar de un trato discriminatorio, cuando existe identidad en los supuestos de hecho frente a los cuales se realiza la comparación correspondiente. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

"Se discrimina cuando se hace una distinción infundada de casos semejantes. Por lo general, cada ordenamiento jurídico enumera una serie de razones para establecer

diferencias consideradas discriminatorias. La norma pionera en esta materia se encuentra en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, según la cual, "las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común"

"...

"...Así, el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos - fáctico, legal o administrativo y constitucional - en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (Constitución). (Corte Constitucional, sentencia T-230 de 1994. Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Para establecer si existe esa identidad, es necesario tener en cuenta que el trabajador puede acceder a la pensión cuando cumple los requisitos que para el efecto el legislador ha establecido.

El monto de la pensión, como el de otros subsidios pensionales, dependerá, entonces, de las características propias del régimen al que se pertenece, como de la legislación que rija al momento en que se solicita su reconocimiento, salvo si se ha dispuesto cosa distinta, como por ejemplo, el régimen de transición que instituyó la ley 100 de 1993. De este modo, mientras no se cumplan los requisitos necesarios para acceder al derecho pensional, el trabajador sólo tiene una expectativa que no genera derecho alguno.

Una vez efectuado el reconocimiento correspondiente, el beneficiario de la pensión adquiere un derecho subjetivo que no puede ser desmejorado por legislación posterior. En este punto, vale la pena precisar que, a diferencia de lo que opina el Ministerio Público, la ley posterior sí puede mejorar las condiciones económicas del pensionado; lo que no puede hacer, por contrariar preceptos constitucionales, es desmejorar los derechos ya reconocidos (artículos 53 y 58 de la Constitución).

En síntesis, mientras no exista un derecho adquirido, la ley puede modificar las condiciones para la adquisición de la pensión, los montos, requisitos, etc. Por ejemplo, puede variar la edad mínima para su reconocimiento, los porcentajes de cotización, el tope máximo del monto pensional, sin que por ello, se pueda alegar violación a derecho alguno.

Dentro de este contexto, es claro que los pensionados y quienes aún no han obtenido su derecho pensional, no se encuentran en la misma situación. Por tanto, la ley puede otorgar tratamiento diferente a unos y otros. Es decir, no se da el primer presupuesto para que pueda hablarse de violación del derecho a la igualdad: la identidad entre los supuestos

de hecho frente a los cuales se realiza la correspondiente comparación.

Así las cosas, no se vulnera el derecho a la igualdad de los pensionados, cuando una ley posterior a su jubilación establece para quienes aún se encuentran laborando y no han entrado a disfrutar de este derecho, mejores condiciones o beneficios que puedan implicar un mayor valor de la mesada pensional.

Es cierto que la ley 332, al otorgar carácter salarial a la prima especial de que trata el artículo 14 de la ley 4a. de 1992, otorgó un beneficio para los futuros pensionados, beneficio que se traduce en un mayor valor de la asignación pensional, en relación con la que reciben quienes se pensionaron con anterioridad a su vigencia. Este hecho, sin embargo, no les desconoce derecho alguno, pues éstos consolidaron su derecho pensional bajo la vigencia de un régimen diverso, en el cual la prima especial no podía ser tenida en cuenta para efectos de la liquidación de la pensión, y por ello recibieron su asignación en el monto señalado en la ley.

Por otra parte y tal como se indicó, el legislador, si así lo hubiera querido, podría haber ordenado la reliquidación de las pensiones a quienes la obtuvieron bajo la vigencia del artículo 14 de la ley 4ª de 1992. Pero el que no lo hubiese hecho, no desmejora ni desconoce sus derechos.

Afirmar que siempre que el legislador introduce modificaciones al régimen pensional, que impliquen beneficios para los futuros pensionados, debe hacerlos extensivos a quienes ya están disfrutando de su derecho; para no desconocer el derecho a la igualdad, sería imponer una cortapisa a su labor, e impedir que el sistema de pensiones pueda cada día ser más benéfico. En este caso, el legislador es autónomo al ejercer su función, y mientras no se configure violación a los derechos mínimos de quienes ya obtuvieron su pensión, se debe respetar esa autonomía. Al respecto, vale la pena transcribir la siguiente providencia de esta Corporación, según la cual:

> "... el principio de igualdad en la ley no impone al legislador una barrera que le impida, como es de su esencia, promover la natural transformación del derecho legislado, ni obliga a aplicar retroactivamente la nueva regulación. Sin embargo, lo anterior no implica que en el proceso de cambio normativo el legislador carezca de limitaciones constitucionales en materia de igualdad. En efecto, si bien nada obsta para que tal transformación produzca un trato disímil entre situaciones que sólo se diferencian en razón del momento en el cual se consolidaron, también es cierto que para que dicho tratamiento resulte legítimo se requiere que no afecte el principio de proporcionalidad, de no discriminación y, en suma, de interdicción de la arbitrariedad. Lo anterior, desde luego, además de exigir el respeto a otros principios y derechos constitucionales aplicables a procesos de cambio normativo como, por ejemplo, el respeto a los derechos adquiridos por leyes preexistentes (C.P. art. 58)." (Corte Constitucional, Sentencia C-613 de 1996. Magistrado Ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Lo dicho hasta aquí, sería suficiente para declarar la exequibilidad de los apartes acusa-

dos del artículo 1° de la ley 332 de 1996. Sin embargo, es necesario analizar un argumento que se sostuvo en la exposición de motivos, y que se transcribió en otro apartado de esta providencia, porque una lectura desprevenida de él, llevaría a concederle la razón al demandante, cuando afirma que se está vulnerando el derecho a la igualdad de los pensionados bajo el régimen de la ley 4ª de 1992. Veamos.

Se dijo en la exposición de motivos, que al otorgar carácter salarial a la prima especial, se buscaba eliminar un factor de desigualdad entre los distintos funcionarios, pues quienes tenían derecho a ella, sólo estaban recibiendo como monto pensional, un 46% de lo que efectivamente percibían como asignación mensual al momento de pensionarse.

Es decir, se partió del presupuesto de que existía una desigualdad que, obviamente, perjudicaba a quienes hoy se encuentran pensionados bajo el régimen de la ley 4ª de 1992. Sin embargo, es necesario analizar lo siguiente, para llegar a la conclusión de que tal desigualdad no existía.

La pensión como prestación social que es, se liquida sólo sobre aquellos montos que tienen un carácter salarial, y no todas las sumas que recibe el trabajador responden a esa naturaleza, trátese de un servidor público o particular. Por ello, la pensión no siempre puede representar un porcentaje igual o equivalente a los ingresos reales del trabajador, como pareció entenderlo el legislador.

Recuérdese que el patrono y el trabajador, así como el legislador, pueden establecer sumas de dinero que habitualmente puede percibir el empleado, pero que no se tendrán en cuenta para efectos de liquidar determinadas prestaciones sociales, o que no se tendrán como salario (artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo). Esta potestad ha sido avalada por el H. Consejo de Estado y esta Corporación, en diversos fallos. Es decir, ingresos reales del trabajador que no se ven representados en las prestaciones sociales, y no por ello se puede afirmar que existe desigualdad entre los distintos trabajadores al momento de liquidar aquéllas, pues la liquidación se hará siempre en relación con los montos que tengan carácter salarial.

La ley 100 de 1993, por ejemplo, establece que las pensiones se liquidarán sobre un porcentaje de los **ingresos base** del trabajador (artículo 21), y del concepto de ingresos base están excluídos todos aquellos ingresos que el empleado recibe habitualmente pero que no constituyen salario (artículo 17 de la ley 344 de 1996). Por su parte, el artículo 34 de la misma ley, señala que el porcentaje mínimo de la pensión debe representar el 65% de la asignación básica.

Teniendo en cuenta lo anterior, existirán casos, tanto en el sector público como en el privado, en que el trabajador no recibe por concepto de pensión, un equivalente al 65% de lo que percibía mensualmente al momento de retirarse, pues ese porcentaje se calcula sobre la asignación básica, que no incluye factores que no tengan carácter salarial.

En conclusión, la desigualdad que se alega en la exposición de motivos es un sofisma. Sin embargo, ello no permite desconocer que fue voluntad del legislador, en desarrollo de

su autonomía, asignarle carácter salarial a la prima que reciben ciertos servidores públicos, facultad que no le está prohibida.

Si las razones que se adujeron para ello fueron acertadas o no, es un juicio que sólo corresponde ejercer a esta Corporación, cuando de él resulte la vulneración a la Constitución, lo que en el caso en estudio no aconteció.

Finalmente, es necesario recordar que en sentencia C-279 de 1996, la Sala de Conjueces de la Corte Constitucional, en relación con una demanda en contra del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, definió la constitucionalidad de la prima especial que, sin carácter salarial, podían recibir algunos servidores públicos. En dicho fallo, se señaló lo siguiente:

"Este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que aún cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, **no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador,** esto es, que se excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter

"Igualmente, la Corte Constitucional, ha sostenido que "el legislador conserva una cierta libertad para establecer, que componentes constituyen, o no salario, así como la de definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución.

"Las definiciones de convenios internacionales que transcribe la actora no significan que el legislador nacional haya perdido la facultad de tomar o no en cuenta una parte de la remuneración que perciben los trabajadores para definir las bases sobre las cuáles han de hacérseles otros pagos.

"Así pues, el considerar que los pagos por primas técnicas y especiales no sean factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo, ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido ante la comunidad internacional." (Corte Constitucional, sentencia C-279 de 1996. Sala de Conjueces. Conjuez Ponente, Dr. Hugo Palacios Mejía). (subrayas del texto).

Es decir, se avaló la exclusión de la prima como factor salarial, a pesar de tener los elementos mínimos para ser considerada como salario. Argumento adicional, para afirmar que, cuando el legislador optó por modificar la naturaleza de esta prima, no desconoció derecho alguno de los pensionados bajo el régimen de la ley 4ª de 1992.

III.- DECISION

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

RESUELVE:

Decláranse **EXEQUIBLES** los apartes acusados del artículo 1° de la ley 332 de 1996, por no desconocer el principio a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-445
septiembre 18 de 1997

COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Desconocimiento de autonomía

La expresión "previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones", consagrada en la parte final del inciso segundo del parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 demandado, contradice los artículos 76 y 77 de la Constitución Política al ignorar el contenido mínimo de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) para el manejo del servicio de televisión, el cual supone una autonomía funcional en relación con el Gobierno, y quebranta el principio de separación de funciones entre los distintos órganos del Estado establecido en el artículo 113 constitucional, por lo cual resulta procedente retirarla del ordenamiento jurídico.

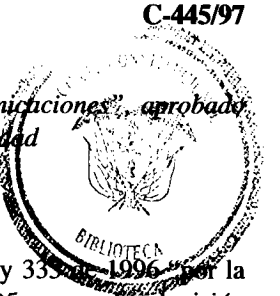
ESPECTRO ELECTROMAGNETICO-Competencia para regular uso

Las regulaciones en torno a la actividad de quienes han venido usando de manera exclusiva el espectro electromagnético corresponde adoptarlas al Congreso de la República, de conformidad con la distribución de competencias hecha por la Constitución (C.P., art. 77), según la cual dicho órgano determina la política televisiva. En esa medida, no se considera que se genere una transgresión de la autonomía funcional de la CNTV, que como se vio está íntegramente referida al Gobierno, pero enmarcada en una concurrencia funcional en relación con el legislador.

COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Ejecución de políticas legislativas/
TELEVISION-Permiso a particulares para operar canales

La Comisión Nacional de Televisión tiene el deber constitucional y la autonomía para adoptar las decisiones que correspondan para ejecutar la política señalada por el legislador, que no es otra que la de un sistema de televisión que permita a los particulares operar canales en donde se garantice que entes estatales se reserven la operación de los mismos, viabilizando en la programación que los particulares accedan al uso del espectro mediante el sistema de concesión, como protección adicional y efectiva al pluralismo y la libre competencia.Todas estas consideraciones llevan a la Corte a señalar que el aparte cuestionado. Armoniza con el mandato constitucional del artículo 75 y con el Tratado que

aprueba la "Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", aprobada por la Ley 252 de 1995, por lo que la Corte declarará su exequibilidad



Referencia: Expediente D-1601

Norma acusada: Parágrafo 2o. (parcial) del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 "por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones."

Actor: Julio César Torres Saboya.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA.

Santafé de Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano **Julio César Torres Saboya**, en ejercicio de la acción consagrada en los numerales 6o. del artículo 40 y 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, presentó demanda de inconstitucionalidad contra el Parágrafo 2o. (parcial) del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 "por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones.".

Al proveer sobre su admisión, mediante auto de fecha 17 de marzo 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 todos los trámites y requisitos previstos en la Constitución Política y en 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 NORMA ACUSADA

Se transcribe a continuación el texto de la disposición acusada conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 42.946 del 24 de diciembre de 1996, subrayándose las partes demandadas:

"LEY 335 DE 1996
(diciembre 20)

"por la cual se modifica parcialmente la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995, se crea la televisión privada en Colombia y se dictan otras disposiciones."

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

Artículo 16. El artículo 62 de la Ley 182 de 1995 quedará así:

(...)

Parágrafo 2o. Los concesionarios de canales nacionales de operación privada deberán destinar el uno punto cinco por ciento (1.5%) de la facturación bruta anual para el Fondo de desarrollo de la televisión pública, y será pagadero trimestralmente.

Previo otorgamiento de las frecuencias por el Ministerio de Comunicaciones y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 28 de la Ley 182 de 1995, la CNTV teniendo en cuenta los estudios pertinentes, decidirá el reordenamiento final del espectro electromagnético, **pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley, previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones."**

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

A juicio del actor, la norma demandada, en las expresiones que se señalan, vulnera los artículos 4, 75, 76 y 77 de la Constitución Política.

A manera de introducción, el demandante presenta unas consideraciones sobre la necesidad técnica y jurídica de realizar el reordenamiento del espectro electromagnético con una debida asignación de frecuencias, a fin de hacer viable el ejercicio del derecho fundamental a fundar medios masivos de comunicación (C.P., art. 20), a través de un uso racional, eficaz y económico con acceso equitativo de las mismas, según lo dispuesto en el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, aprobado mediante la Ley 252 de 1995, lo que en su concepto no se está cumpliendo por INRAVISION y los Canales Regionales, actuales operadores de televisión.

En seguida, el actor hace alusión a las funciones de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV), como organismo encargado de intervenir a nombre del Estado en el espectro electromagnético destinado al servicio de televisión (C.P., art. 76 y Ley 182 de 1995, art. 23), y del Ministerio de Comunicaciones, como entidad que realiza la gestión y el control del espectro en general (Ley 182 de 1995, art. 23), para señalar que dichas labores deben ejercerse en forma coordinada, y así, con base en esta precisión, entrar a formular su inconformidad contra la norma acusada con los siguientes cargos :

1. De un lado, el actor manifiesta que si bien corresponde al legislador la función de

determinar la política general en materia de televisión, su ejecución es del resorte exclusivo de la Comisión, unido al hecho de que a ésta además compete la intervención estatal en el espectro electromagnético. Por lo tanto, el Congreso al determinar las pautas generales a las cuales debe sujetarse la entidad rectora de la televisión no puede desconocer las facultades exclusivas y la autonomía de la CNTV subordinándola a la decisión de otra entidad estatal y establecer una intromisión indebida del ejecutivo, como considera ocurre en el parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 acusado, cuando se atribuye el reordenamiento final de las frecuencias a la Comisión *"previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones"*, fórmula que el accionante impugna por vulnerar los artículos 76 y 77 de la Carta, que consagran una coparticipación de esas entidades sin restricciones a la autonomía de la CNTV.

2. De otro lado, el demandante considera que cuando el legislador establece en la norma demandada, que la CNTV adelantará el reordenamiento final del espectro electromagnético utilizado para la televisión con cambios en la banda del VHF pero *"en todo caso sin desmejorar las condiciones de los operadores públicos"*, segmento censurado, no asegura un acceso equitativo al mismo, con lo cual se vulnera el artículo 75 de la Carta Política que garantiza la igualdad de oportunidades para el acceso del espectro y la facultad de intervención en el mismo, para asegurar el pluralismo informativo y la competencia, como también las disposiciones de convenios internacionales como el suscrito con la Unión Internacional de Telecomunicaciones, que exige a los estados miembros permitir el acceso equitativo a las frecuencias.

A su juicio, con esa disposición INRAVISION en forma preferencial continuaría con las frecuencias que ha venido utilizando en la banda del VHF, desvirtuándose la garantía de acceso igualitario que el artículo 75 quiso imponer al uso del espectro, pues se mantendría una prerrogativa para el operador público de televisión en el uso del espectro, que en ningún momento fue contemplada por el Constituyente de 1991.

En conclusión, para el actor con lo demandado se desconocen los principios de autonomía de la CNTV y de igualdad de oportunidades para el acceso y competencia, que exige la declaratoria de inexequibilidad.

IV. INTERVENCIONES.

Según informe de la Secretaría General de la Corte Constitucional del 8 de mayo del año en curso, dentro del término de fijación en lista, se produjeron las siguientes intervenciones:

1. Intervención de autoridades públicas.

1.1. Ministerio de Comunicaciones.

El Ministerio de Comunicaciones, por intermedio de apoderada, presenta escrito justificando la constitucionalidad de la norma acusada, teniendo en cuenta que ésta no pretende restar autonomía a la CNTV, ni dejarla al querer del Gobierno de turno, como tampoco permitir interferencia en la dirección, regulación y control de las políticas del servicio de tele-

visión. Así, señala que la norma simplemente se limita a establecer el procedimiento a través del cual se debe decidir el reordenamiento de frecuencias del espectro, desde el punto de vista eminentemente técnico.

Para la interviniente, el visto bueno que debe otorgar el Ministerio no es otra cosa que el llamamiento del legislador para que intervenga, por una sóla vez, en la etapa del reordenamiento y dentro del ámbito estrictamente técnico, de manera que no sólo consulte el interés de privatizar el servicio de televisión, sino que facilite la transmisión de las señales de televisión de los operadores públicos hacia los televidentes sin interferencias en los distintos servicios de telecomunicaciones, respetando los tratados internacionales sobre la materia. De esta manera se busca lograr una verdadera coordinación entre estas dos entidades, puesto que lo único que hace el Ministerio es garantizar que el estudio hecho no contravenga las normas internacionales para la prestación de los restantes servicios de telecomunicaciones.

Por otra parte, frente al acceso igualitario al reordenamiento de las frecuencias para todos los operadores del servicio, la mencionada profesional agrega que, tal como lo ha reiterado la Corte, sólo puede predicarse la igualdad entre iguales, circunstancia que no se presenta en este evento, debido a la diferencia existente con respecto a la naturaleza jurídica de INRAVISION y de los operadores privados ; el primero, cumple una función administrativa al servicio del interés general, en oposición a la actividad eminentemente comercial que realizan los operadores privados, la cual conlleva un interés particular con finalidad del lucro.

Por ello, afirma que pretender predicar una igualdad en el acceso al espectro radioeléctrico desconociendo las especiales condiciones que rodean tanto a INRAVISION como a los operadores privados, significaría equiparar de forma abrupta el interés particular (canales privados) frente al interés general que representa INRAVISION, lo cual traería como consecuencia la privación a la comunidad de un medio cuya motivación y finalidad garantiza el derecho de todos los colombianos a recibir una información objetiva y veraz.

1.2. Comisión Nacional de Televisión.

Conforme a lo ordenado por la Corte, la Comisión Nacional de Televisión allegó información referente al plan técnico nacional de ordenamiento del espectro electromagnético para televisión, de los planes de utilización de frecuencias y del inventario de frecuencias, así como de su distribución dentro del mismo.

2. Intervención ciudadana.

Por su parte, el ciudadano Daniel Corrales Gutiérrez presentó escrito coadyuvando la demanda, para lo cual realiza algunas precisiones en torno al concepto de autonomía, el cumplimiento de los tratados internacionales sobre telecomunicaciones y el manejo de la utilización del espectro electromagnético por parte del Ministerio de Comunicaciones y de la CNTV, como entes especializados para ese fin.

Igualmente, afirma que de la simple lectura del artículo 76 superior se evidencia que la actuación de la CNTV es independiente, sin que se pueda establecer una sujeción de la misma a los dictados del Ministerio de Comunicaciones, como lo ordena la norma acusada. Indica que así lo entendió el legislador, cuando al expedir la Ley 182 de 1995 estableció una tarea de coordinación para efectos de ordenación del espectro electromagnético entre los dos organismos reguladores de las telecomunicaciones, pero en ningún momento con sujeción del uno al otro.

Para el coadyuvante, aceptar lo preceptuado por la norma acusada en cuanto al previo visto bueno del Ministerio de Comunicaciones, sería desconocer abiertamente el mandato constitucional del artículo 76, por cuanto se le despoja a la CNTV de su facultad de determinar autónomamente las políticas legales en materia de televisión y se le reduce a una potestad de regular tal servicio siempre sujeta a lo que determine el Ministerio de Comunicaciones, con distanciamiento de las recomendaciones de la UIT en el sentido de que el órgano regulador de las telecomunicaciones debe ser autónomo e independiente ; por lo cual, solicita la declaratoria de su inexequibilidad.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante Concepto No. 1267 del 6 de mayo del año en curso, el señor Procurador General de la Nación solicitó a esta Corporación declarar la constitucionalidad de la expresión "*pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley,*" y la inconstitucionalidad de la proposición *"previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones."*, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer término, considera que le asiste razón al actor cuando advierte que el control de tipo administrativo que ejerce el Ministerio de Comunicaciones sobre la CNTV es violatorio de la Carta Política, si se tiene en cuenta que, al exigirse un previo visto bueno de dicho Ministerio para autorizar los cambios que pretenda efectuar la CNTV sobre la banda VHF, se plantea una subordinación entre ambos entes, que no se compagina con la autonomía conferida expresamente al organismo público encargado del servicio de la televisión, en el artículo 77 superior. Asegura el Procurador que esto no riñe con el principio de coordinación que debe existir entre esas dos entidades y que ha sido avalado por la Corte Constitucional, siempre y cuando se predique en relación con los aspectos de carácter técnico sobre el uso del espectro electromagnético para la prestación del servicio de televisión.

Entonces, para el Jefe del Ministerio Público resulta evidente que el legislador en la norma acusada habilita al Ministerio de Comunicaciones para autorizar o no el reordenamiento efectuado por la Comisión sobre la banda VHF, sin que se haya previsto una coordinación sobre aspectos técnicos, afectando la autonomía de aquélla y por ende vulnerando lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental. Por esta razón, solicita a la Corte declarar la inconstitucionalidad de la expresión *"previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones"*.

De otro lado, al analizar el cargo según el cual la norma acusada prevé un tratamiento

privilegiado en favor de los operadores públicos de televisión frente a los operadores privados a quienes se les impide su participación en la prestación del servicio público dentro de la banda VHF, considera el Procurador que, tal como lo ha indicado esta Corporación, el espectro electromagnético es un bien escaso de carácter público, por lo que resulta impensable que se pueda ejercer sin restricción alguna los derechos a fundar medios masivos de comunicación y a la libre competencia. Además, considera que no puede olvidarse que históricamente la televisión ha sido prestada exclusivamente por operadores públicos quienes han consolidado unos derechos adquiridos y poseen unos contratos vigentes y una infraestructura adecuada para los requerimientos propios de la prestación de este servicio, frente a la novedosa figura de los operadores privados que solo surgen a partir del año de 1998.

Así, pues, el Procurador indica que las razones que tuvo la Corte Constitucional en la Sentencia C-093/96 para declarar la exequibilidad del artículo 37 de la Ley 182 de 1995, el cual establece una reserva estatal hasta el 1o. de enero de 1998 para la prestación del servicio público de televisión en el nivel nacional y con posterioridad a esa fecha la garantía de la libre competencia con los operadores zonales, pueden hacerse extensivas al análisis de la norma que hoy se acusa ya que en ambos casos se contempla la protección de los derechos de los operadores públicos vigentes a la fecha de expedición de la Ley 335 de 1996.

Para concluir su concepto, estima que si la CNTV decide efectuar cambios dentro de la banda del VHF, debe respetar los derechos de los operadores públicos vigentes a la fecha en la que entró a regir la ley acusada, como lo indica la norma, sin que le sea dado desplazar a los operadores públicos usuarios de dicha banda a fin de favorecer a los privados, hasta que no termine la ejecución de estos contratos. En razón de ellos, la expresión "*pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley,* contenida en la norma acusada, es constitucional pues se adecúa a los mandatos superiores y al contenido del Tratado que aprueba la "Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", aprobado mediante la Ley 252 de 1995.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4o. del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, por ser una norma que hace parte de una ley de la República.

2. El asunto *sub examine.*

La Corte estima que el estudio de constitucionalidad de la preceptiva acusada, debe hacerse desde el punto de vista del ámbito de la autonomía del organismo público encargado de realizar la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para prestar el servicio de televisión, con referencia a las garantías de acceso al uso de dicho espectro en condiciones de igualdad de oportunidades, así como al deber del Estado de asegurar la

vigencia efectiva del pluralismo informativo y la libre competencia.

2.1. La autonomía de la Comisión Nacional de Televisión y su interrelación funcional con otros órganos estatales para el manejo del espectro electromagnético nacional.

El primer cargo del actor, respecto de la norma demandada -parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996-, se contrae a la limitación que se produce en la misma acerca de la autonomía de la CNTV, quien tiene la potestad constitucional para intervenir en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, cuando en aquella se señala que la labor de reordenamiento del mencionado espectro debe efectuarla dicho organismo *"... previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones."*, regulación que por estimarla subordinante, en nada refleja la labor de coordinación que debe existir entre esos dos entes estatales.

Para los efectos de la decisión correspondiente, resulta pertinente hacer referencia a la distribución de competencias en lo relacionado con la prestación eficiente del servicio público de televisión, entre las distintas entidades estatales que participan en la formulación, dirección y ejecución de la política televisiva nacional, a partir de la Constitución Política de 1991.

La Carta Fundamental vigente determina un esquema fundamentado en la separación funcional de los órganos estatales con colaboración armónica entre los mismos, sometidos al principio de coordinación de las autoridades administrativas para el adecuado cumplimiento de los fines estatales (C.P., arts. 113 y 209), en el cual participan el legislador con la facultad de fijar la política estatal televisiva (C.P. art, 77), el organismo autónomo de televisión a cuyo cargo está la dirección de dicha política, el desarrollo y ejecución de los planes y programas estatales para el servicio de televisión, así como la intervención en el espectro electromagnético (C.P., art. 76 y 77), y al cual se integra el Gobierno Nacional en ejercicio de las atribuciones de planeación, regulación y control de las telecomunicaciones, por conducto del Ministerio de Comunicaciones, como máximo organismo nacional de las telecomunicaciones, de conformidad con la Ley 72 de 1989, artículo 1o. y el Decreto 1900 de 1990, artículo 5o.

De manera que, al consagrarse constitucionalmente el ente rector de la televisión como un organismo de derecho público, con autonomía jurídica, administrativa, patrimonial y técnica, el cual ha sido denominado Comisión Nacional de Televisión -CNTV- en virtud de los desarrollos legislativos -Ley 182 de 1995-, supone que mantiene una autonomía orgánica y funcional en relación con el Gobierno, mientras que frente al Congreso de la República aquella se reduce al aspecto meramente orgánico, en la medida en que el ejercicio de sus funciones son desarrolladas por el legislador, con las limitaciones pertinentes.

Así pues, la Constitución establece las respectivas competencias, tanto para el legislador como para la CNTV, en virtud de las cuales : el primero, señala la política determinando las prioridades y señalando los principios y lineamientos generales ; en cambio, la segunda, desarrolla y ejecuta los planes y programas del Estado, dirige la política y ejerce la inter-

vención estatal en el espectro electromagnético, ostentando, adicionalmente, capacidad normativa (C.P., art. 77, inc. 2o.). para determinar lo necesario en materia de esa dirección de política y de la ejecución de los planes y programas en el sector.

Dichos organismos autónomos, creados por el Constituyente, como es el caso de la CNTV, se encuentran sujetos a una regulación legal y particular propia, que impide someterlos al régimen general de otras entidades. La autonomía que precisa la Constitución para dichos entes comprende la posibilidad de ejercer una dirección de sus propios destinos, con responsabilidad suficiente, encontrándose sujetos al control fiscal, político y judicial de los órganos constitucionalmente establecidos para ejercerlo.

En este orden de ideas, el carácter del organismo autónomo hace que no puedan estar subordinados a las determinaciones de otros órganos o entidades del Estado, en relación con el ejercicio de sus funciones, ni sujetos a la jerarquía tradicional propia de la estructura de la administración pública, en una especie de control de tutela administrativo y, por lo tanto, no estén adscritos, ni vinculados a entidades del sector central. De esto se deriva, consecuencialmente, que sus decisiones no se encuentren sometidas a instrucciones de órganos administrativos superiores, ni controladas o revocadas por autoridad administrativa alguna, salvo a través de los controles antes mencionados y los que corresponden al mismo tema público, dentro de la actividad administrativa, e inherentes a la naturaleza democrática de la organización política.

La preservación del grado mínimo de autonomía de dichos entes, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, se convierte, pues, en una garantía funcional para el ejercicio de los derechos o la protección de bienes jurídicos específicos y varía de acuerdo con la determinación constitucional de cada uno de ellos.

Así las cosas, la autonomía del ente rector de la televisión *"...asume el carácter de garantía funcional e institucional del conjunto de derechos y libertades fundamentales relacionados con la existencia y fortalecimiento del principio democrático, la formación de una opinión pública libre, la fluidez y profundidad de los procesos comunicativos sociales, la creación, intercambio y divulgación de ideas, la conservación de las diferentes identidades culturales etc."*[1]. Además, *"La autonomía entregada a esa entidad, tiene como propósito fundamental evitar que la televisión sea controlada por grupos políticos o económicos, tratando siempre de conservar su independencia en beneficio del bien común; dicha intención se expresó en las diferentes discusiones que sobre el tema adelantó la Asamblea Nacional Constituyente, que coincidieron en la necesidad de crear un organismo de intervención en la televisión, independiente y autónomo."*. [2]

Cabe anotar, que la autonomía de los organismos autónomos no excluye el trabajo en conjunto con otros entes estatales relacionados con el asunto sobre el cual versa su competencia, en el propósito de alcanzar los fines del Estado en forma ordenada y eficiente, como

1 Sentencia C-497/95, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
2 Sentencia C-310/96, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

sucede con la prestación del servicio público de televisión. En este sentido, la CNTV presenta frente a las funciones inherentes al gobierno nacional, a través del Ministerio de Comunicaciones, un deber de coordinación armónica bajo un sustento **exclusivamente técnico.**[3]

Esa relación funcional de orden técnico de la CNTV y del Ministerio de Comunicaciones fue reiterada recientemente por esta Corporación en la Sentencia C-350 de 1997, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, cuando se pronunció respecto de la asistencia del Ministro de Comunicaciones a las sesiones de la Junta Directiva de la CNTV, en los siguientes términos:

> "Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 209 de la Carta Política, las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, objetivo que en el caso que se analiza se propicia de manera clara a través de la norma impugnada, pues sin afectar la autonomía que el Constituyente le otorgó al ente rector de la televisión, impone a los organismos responsables de la gestión y manejo del espectro electromagnético en lo relacionado con el servicio público de la televisión, un espacio común para la deliberación y coordinación de los asuntos que les atañen, en el cual el titular de la cartera de Comunicaciones podrá manifestarse, a través de opiniones y conceptos, **siempre y cuando se refiera a aspectos técnicos que correspondan a la órbita de su competencia,** lo cual no puede entenderse como una interferencia indebida, mucho menos si se tiene en cuenta que la norma atacada autoriza al ministro para "asistir" a la junta directiva de la CNTV, no para constituirse en parte de la misma. **Lo cual significa que su actuación no puede en ningún momento obstruir ni invadir la órbita de competencia de la Comisión Nacional de Televisión, y por tanto debe limitarla estrictamente al aspecto que se ha señalado.".** (Subraya la Corte).

Con base en las anteriores consideraciones, a juicio de esta Corporación, la expresión *"previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones"* no respeta la autonomía de rango constitucional reconocida a la CNTV, según lo estipulado en los artículos 76 y 77 superiores, y en los términos analizados, por cuanto impone una autorización con carácter obligatorio y vinculante, por parte del Ministerio de Comunicaciones, como requisito previo al reordenamiento que la CNTV efectúe del espectro electromagnético para televisión.

La atribución que allí se consagra para el Ejecutivo, a través del mencionado Ministerio, constituye una intervención indebida de una entidad estatal de orden administrativo en el cumplimiento de una función propia de un organismo autónomo y que, en el presente evento, contradice los postulados constitucionales, en cuanto rebasa la actuación que en forma coordinada y de orden técnico debe existir entre la CNTV y el Ministerio de Comunicaciones, para que sea constitucionalmente viable.

Por consiguiente, y de conformidad con lo establecido por el señor Procurador General,

---

3 *Idem.*

la Corte encuentra que la expresión *"previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones"*, consagrada en la parte final del inciso segundo del parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 demandado, contradice los artículos 76 y 77 de la Constitución Política al ignorar el contenido mínimo de autonomía de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) para el manejo del servicio de televisión, el cual supone una autonomía funcional en relación con el Gobierno, y quebranta el principio de separación de funciones entre los distintos órganos del Estado establecido en el artículo 113 constitucional, por lo cual resulta procedente retirarla del ordenamiento jurídico.

2.2. El acceso al espectro electromagnético como fundamento del pluralismo informativo, las libertades de expresión y difusión del pensamiento y la opinión de los ciudadanos.

Como finalidad del Estado social de derecho se tiene la de establecer un orden político y jurídico que haga efectivas las garantías del ejercicio de las libertades públicas y los derechos de sus habitantes, dentro de los cuales algunos por detentar una estatus fundamental adquieren reconocimiento y protección constitucional especiales, en cuanto permiten el desarrollo material del principio de la dignidad humana, sustento básico de esa forma de Estado.

Dentro de la clasificación que se menciona, el Constituyente de 1991 reconoció el derecho del cual es titular toda persona a manifestar libremente el propio pensamiento y las opiniones, lo que implica, además de la existencia de mecanismos para la salvaguarda de su vigencia y ejercicio, que la interpretación misma del ordenamiento jurídico vigente deba hacerse bajo la óptica de sus alcances, según los desarrollos jurisprudenciales.

A diferencia del régimen constitucional anterior que solamente consagraba dicho derecho en forma restringida al derecho a la libertad de prensa (C.N. de 1886, art. 42), sin una regulación adecuada para lo que en forma general y amplia se ha denominado la **" libertad de expresión"**, la Constitución en vigor lo determinó como la *"... libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación"* (C.P., art. 20).

La doctrina constitucional colombiana al pronunciarse sobre el desarrollo del derecho fundamental a la libertad de expresión ha señalado que se trata de un derecho de mayor envergadura, por cuanto se deriva del reconocimiento de la razón y autonomía de la persona humana y de la libertad de pensamiento, indispensables para el desenvolvimiento individual y colectivo de las personas como de la sociedad en su conjunto y que con otras libertades, como la de crear medios de comunicación y las de informar y ser informado, presentan restricciones por los deberes y responsabilidades correlativos en razón a que no son absolutas e ilimitadas. [4]

De esta forma, la libertad de expresión y comunicación de las ideas y opiniones

4 Se puede consultar la Sentencia T-512/92, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

y la de divulgación y recepción libre de la información se encuentran íntimamente ligadas a la constitución de medios de comunicación social y se configuran en vehículos eficaces de su desarrollo[5] ; de ahí, que gocen de una protección especial constitucional que comprende, de un lado, la garantía de ser libres y, de otro, la imposibilidad de que sobre los mismos se ejerza censura previa, no obstante la responsabilidad social de la cual son titulares (C.P., art. 20).

El papel de los medios es trascendental en una sociedad democrática y participativa como la nuestra, ya que permiten **la conformación de una opinión pública libre e informada** y el cumplimiento de fines esenciales del Estado, como los de facilitar la participación de los ciudadanos en las decisiones que los afectan de la vida nacional, relativos a aspectos económicos, políticos, administrativos y culturales, así como adelantar la labor de control de las autoridades públicas en virtud del ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, *"la potestad de fundar medios masivos de comunicación, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 20 constitucional, no es libre, ya que en tratándose de un bien de uso público, como lo es el espectro electromagnético, su ejercicio está sujeto a la gestión y control del Estado, a fin de que en los términos que fije la ley, se garantice la igualdad de oportunidades en el acceso o uso, así como el cumplimiento de los fines propios del servicio eficiente de la televisión colombiana y la eliminación de las prácticas monopolísticas en el mismo."*.[6]

Lo anterior se fundamenta, adicionalmente, en el hecho de que el acceso al uso del espectro electromagnético se encuentra restringido por razones de índole técnica, en relación con los espacios y frecuencias, y de la naturaleza misma y limitada del espectro electromagnético, en la forma de bien público, de propiedad del Estado, inenajenable, imprescriptible e inembargable (C.P., art.
63), sujeto a la gestión y control para efectos de su utilización con destino al servicio de televisión, a través del organismo de derecho público autónomo encargado de esa labor y denominado Comisión Nacional de Televisión -CNTV- (C.P., art. 76 y Ley 182 de 1995, art. 23), mencionado en el numeral 2.1 del capítulo VI de las consideraciones de este fallo.

Es respecto del acceso y uso del mencionado espectro, que el demandante cuestiona la norma acusada, cuando ésta dispone que la CNTV decidirá sobre el reordenamiento final del espectro electromagnético *"pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley ..."*, en el parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996 demandado.

En concepto del accionante, una disposición en ese sentido conduce a una limitación de la autonomía de la CNTV para determinar sobre el uso del espectro electromagnético, con beneficio para los actuales operadores públicos, que a la vez impide el acceso en condicio-

---

5 Ver Sentencia C-189/94, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
6 Sentencia C-093/96, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

nes igualitarias para los demás interesados en operar esas mismas frecuencias, ejercer el pluralismo informativo y la libertad de competencia, como lo estipula el artículo 75 de la Carta, con el consecuente quebranto de las disposiciones pactadas internacionalmente por el Estado colombiano sobre utilización racional, eficaz y económica de las frecuencias y acceso equitativo a las mismas, como sucede con el convenio sobre la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

La Constitución Política, en el inciso 2o. del artículo 75, señala como objetivos de la intervención estatal en el espectro electromagnético los de garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, evitar prácticas monopolísticas en su utilización y proteger el derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a su uso, en los términos que indique la ley. Así pues, es claro que los mencionados objetivos y finalidades se predican de todos, es decir tanto del Estado como de los particulares ; por lo tanto, como garantía del ejercicio de los derechos que se concretan en el uso de ese espectro, particularmente, el de fundar medios masivos de comunicación (C.P., art. 20), la Carta consagró para el caso de la televisión la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso, el pluralismo y la libre competencia (art. 75).

Estos preceptos constitucionales deben concretarse en normas de naturaleza legal que los preserven y permitan que -en igualdad de condiciones- los particulares y el Estado puedan hacer efectivos tales derechos. En este orden de ideas, **la televisión no puede entonces reservarse, exclusivamente, para el Estado ni para los particulares,** porque ello conduciría a prácticas monopolísticas en el uso del espectro prohibidas constitucionalmente, como tampoco puede estar sometida a las determinaciones del Gobierno, ya que esto conllevaría a un desconocimiento de las normas superiores.

Corresponde, entonces, al legislador y a la Comisión Nacional de Televisión administrar de tal manera el uso de un bien público, con calidad de escaso, que asegure verdaderamente -al Estado como a los particulares- la posibilidad de acceder a su utilización, en condiciones que garanticen los principios de competencia y pluralismo consagrados expresamente por el Constituyente.

De tal forma que, las regulaciones en torno a la actividad de quienes han venido usando de manera exclusiva el espectro electromagnético corresponde adoptarlas al Congreso de la República, de conformidad con la distribución de competencias hecha por la Constitución (C.P., art. 77), según la cual dicho órgano determina la política televisiva. En esa medida, no se considera que se genere una transgresión de la autonomía funcional de la CNTV, que como se vio está íntegramente referida al Gobierno, pero enmarcada en una concurrencia funcional en relación con el legislador.

De otra parte, dado que la petrificación del actual uso del espectro electromagnético, en especial de las bandas de VHF, puede resultar contrario a la garantía de acceso de los particulares y la libertad de competencia, la Corte advierte que la expresión demandada debe entenderse como la voluntad del legislador de preservar para los operadores públicos las condiciones que les permitan mantenerse en funcionamiento en condiciones técnicas iguales a las actuales, aunque ello no significa que no puedan ser objeto de variaciones en algu-

nas frecuencias por razones estrictamente técnicas, siempre que, como se señaló, sus actuales condiciones permanezcan, lo cual no constituye un desconocimiento del principio de igualdad de acceso a las mismas, sino una garantía de la prevalencia del interés social que la televisión pública actualmente representa.

Además, la anterior afirmación presenta un soporte técnico, como se puede observar en la respuesta suministrada por la Comisión Nacional de Televisión a esta Corporación, una vez inquirida sobre la necesidad de modificar la distribución de frecuencias en las bandas del VHF del espectro electromagnético para permitir el acceso de particulares a su utilización, y que se resume en el siguiente aparte de dicha comunicación:

"La Comisión Nacional de Televisión, una vez atribuidas las frecuencias por parte del Ministerio de Comunicaciones mediante la resolución 001274 de 4 de marzo de 1977, desarrolló el Plan Técnico Nacional de ordenamiento del espectro electromagnético para Televisión el cual fue adoptado mediante la resolución 094 del 9 de abril del año en curso. Así mismo, mediante el acuerdo 021 del 16 de Junio de 1997, adoptó los Planes de Utilización de Frecuencias para los distintos servicios, previa coordinación con el Ministerio de Comunicaciones y con cada uno de los operadores públicos actuales, con el propósito de garantizar las condiciones de operación de éstos.

Los planes de utilización se plasmaron en un acuerdo que reordena el espectro electromagnético para la prestación del servicio de televisión y es la base para la asignación de frecuencias a aquellas personas que en virtud de la ley o de concesión deben prestar el servicio de Televisión. ***La adopción de éstos planes demanda de los operadores públicos actuales una modificación mínima -debido a razones exclusivamente técnicas- en algunas frecuencias dentro de la banda de VHF.***

Para impedir estas modificaciones y, en general, desarrollar los planes de utilización, la Comisión Nacional de Televisión contratará, llave en mano, todos los trabajos necesarios para permitir la operación de todos y cada uno de los niveles de televisión definidas en la Ley, haciendo efectivo el indispensable reordenamiento del espectro electromagnético para el uso de todos los nuevos servicios de la televisión colombiana.". (Subraya fuera de texto).

Así las cosas, la Comisión Nacional de Televisión tiene el deber constitucional y la autonomía para adoptar las decisiones que correspondan para ejecutar la política señalada por el legislador, que no es otra que la de un sistema de televisión que permita a los particulares operar canales en donde se garantice que entes estatales se reserven la operación de los mismos, viabilizando en la programación que los particulares accedan al uso del espectro mediante el sistema de concesión, como protección adicional y efectiva al pluralismo y la libre competencia.

Todas estas consideraciones llevan a la Corte a señalar que el aparte cuestionado del parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, el cual dispone que la CNTV decidirá sobre el reordenamiento final del espectro electromagnético *"pudiendo hacer cambios den-*

tro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley ...", armoniza con el mandato constitucional del artículo 75 y con el Tratado que aprueba la "Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones", aprobado por la Ley 252 de 1995, por lo que la Corte declarará su exequibilidad en la parte resolutiva del presente fallo.

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:

Primero.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión *"previo el visto bueno del Ministerio de Comunicaciones"* contenida en el parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"..pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley..."* consagrada en el parágrafo 2o. del artículo 16 de la Ley 335 de 1996, con base en las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-446
septiembre 18 de 1997

RECURSO DE CASACION-Requisitos/**PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**-Alcance respecto de normas procesales

Es evidente que la norma acusada es razonable, de conformidad con la naturaleza y las finalidades del recurso extraordinario de casación. La Corte sólo podría declarar inexequibles normas procesales que por sí mismas quebrantarán el debido proceso o una cualquiera de las normas de la Constitución.De otra parte, interponer el recurso extraordinario de casación, es una facultad de las partes que pueden ejercer o abstenerse de hacerlo. Pero si la ejercen, deben sujetarse a las normas procesales correspondientes.La primacía del derecho sustancial prevista por el artículo 228 de la Constitución, no puede interpretarse como la inexistencia de las normas procesales. No, el entendimiento cabal del precepto constitucional apenas conduce a definir las normas procesales, y el proceso en sí, como un medio para realizar el derecho, para que la norma jurídica se aplique al caso concreto.

Referencia: Expediente D-1604.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 226 (parcial) del Código de Procedimiento Penal, Decreto 2700 de 1991, modificado por la ley 81 de 1993.

Actores: Javier Antonio Villanueva y Luis Fernando Aguirre

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cuarenta y tres (43), a los diez y ocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El dieciocho (18) de febrero de 1997, los ciudadanos Javier Antonio Villanueva Mesa y Luis Fernando Aguirre Henao, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6°, 214, numeral 5°, y 242, numeral 1°, de la Constitución, demandaron, por inconstitu-

cional el artículo 226 (parcial) del Código de Procedimiento Penal, decreto 2700 de 1991, modificado por la ley 81 de 1993.

El veintiuno (21) de marzo del presente año, el magistrado sustanciador admitió la demanda; ordenó la fijación en lista de la norma acusada por el término legal. Simultáneamente, dio traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto. Igualmente, ordenó comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República.

Con base en lo dicho, la Corte entra a decidir.

A. - NORMA ACUSADA.

La disposición considerada inexequible es la que, debidamente subrayada, se transcribe a continuación:

"DECRETO 2700 DE 1991

"(noviembre 30)

"Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el literal a del artículo transitorio 5, del capitulo I de las disposiciones transitorias de la Constitución Política de Colombia, previa consideración y no improbación por la Comisión Especial,

"DECRETA:

"(...)

"ACTUACION PROCESAL

"(...) CAPITULO VIII

"Recurso Extraordinario de Casación

"(...) Artículo 226. Resolución sobre la admisibilidad del recurso. Si la demanda no reúne los requisitos, **se declarará desierto el recurso** y se devolverá el proceso al tribunal de origen. En caso contrario se correrá traslado al procurador delegado en lo penal por un término de 20 días para que obligatoriamente emita concepto."

B.- DEMANDA E INTERVENCIONES.

a. La demanda.

Se plantea la incompatibilidad del artículo 226, parcialmente acusado, con el artículo 228 de la Carta Política.

Según los demandantes, la declaración de inadmisibilidad del recurso de casación por incumplimiento de los requisitos legales, hace que prevalezca lo formal sobre lo sustancial, lo que en su concepto, constituye una clara violación del precepto constitucional que consagra la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

Además, consideran que quien sufre el castigo, consistente en declarar desierto el recurso de casación, es el condenado, en desmedro de su derecho de defensa, cuando la responsabilidad sería del abogado que cometió el yerro.

Con base en estos argumentos, solicitan se declare la inexequibilidad del aparte acusado de la norma.

b. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho.

El ciudadano que designó este Ministerio, estimó que el artículo 226 establece una sanción como consecuencia del desconocimiento de una serie de requisitos formales, necesarios para darle coherencia, orden y seriedad al recurso de casación.

Como sustento de lo anterior, afirma que no es posible desnaturalizar la finalidad y características de la casación, dejando de lado los requisitos formales de la demanda, y congestionando la labor de la justicia.

La Corte Constitucional, al estudiar los requisitos formales de la demanda de casación en materia civil, llegó a la conclusión de que dichos requisitos y formalidades, no obstante la prevalencia del derecho sustancial, tienen un fundamento constitucional, y deben ser acatados.

C.- CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

El Ministerio Público, después de hacer una descripción del recurso de casación en materia penal, no percibe ninguna inconstitucionalidad en la declaración de desierto del mencionado recurso, cuando éste no reúne los requisitos, pues, en contra de lo que piensan los actores, estos requisitos son instrumentos procesales que desarrollan los mandatos contenidos en los artículos 29, 228, 229 y 235 numeral 1, de la Constitución Política.

La norma parcialmente acusada habilita para declarar desierto el recurso, sin que esta consecuencia traiga consigo una violación del principio de la prevalencia del derecho sustancial, el cual sí resultaría conculcado cuando por los errores del recurrente, se priva a la Corte de elementos para casar la sentencia.

Finalmente, sostiene que el artículo 51 del decreto ley 2551 de 1991 "*por el cual se expiden normas transitorias para descongestionar despachos judiciales*", prorrogado por la ley

287 de 1996, estableció un margen de flexibilidad para la actuación de la Corte Suprema de Justicia, con el fin de permitir que algunas de las deficiencias técnicas más frecuentes no entorpezcan su función, disposición que fue avalada por la Corte Constitucional en sentencia C-586 de 1992.

Por las anteriores razones, solicita que el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, en lo acusado, sea declarado constitucional.

II. CONSIDERACIONES.

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

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse originado en la demanda contra un artículo que es parte de un decreto con fuerza de ley (numeral 5 del artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Pretenden los actores que el artículo 226 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto ordena declarar desierto el recurso de casación cuando la demanda no reúne los requisitos, es contrario a la Constitución. Concretamente, señalan como norma violada el artículo 228 de la Constitución que establece la primacía del derecho sustancial.

Se examinará, en consecuencia, este argumento.

Tercera.- Algunas reflexiones sobre las normas procesales.

Se ha definido el derecho procesal como "el conjunto de normas que fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo, lo mismo que las facultades, derechos, cargos y deberes relacionados con éste y que determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla". (Hernando Devis Echandía, "Nociones Generales del Derecho Procesal Civil", Edición Aguilar, Madrid 1966, pág. 4 número 2).

En una sociedad organizada, la solución de los conflictos de intereses no está atribuída a sus titulares ni el castigo de los hechos ilícitos a los perjudicados con éstos. La función de resolver los conflictos corresponde al Estado mediante el ejercicio de la jurisdicción. Esta función de administrar justicia, de **decir el derecho**, tiene que cumplirse con sujeción a unas reglas, es decir, a un procedimiento, por dos razones fundamentales:

a) La primera, la necesidad de impedir la arbitrariedad de los encargados de administrar justicia.

b) La segunda, el garantizar el principio de la igualdad de todos ante la ley, y la misma protección y trato de las autoridades en lo atinente a la solución de los conflictos.

De ahí que el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución disponga que "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio". Esta norma responde las tres preguntas fundamentales del debido proceso, así:

1ª. **Por qué se juzga:** por un hecho definido como ilícito por leyes preexistentes al acto que se imputa, es decir, al supuesto hecho ilícito;

2ª. **Quién juzga:** el juez o tribunal competente; y,

3ª. **Cómo se juzga:** con observancia de las formas propias de cada juicio.

Es claro que no puede hablarse de un debido proceso, si no se dan estos tres requisitos.

Lo anterior, en especial lo relativo a las "formas propias de cada juicio", constituye la razón de ser de las normas procesales y, entre ellas, de la norma acusada. Es claro que si es posible hacer uso del recurso extraordinario de casación, la ley procesal debe establecer la forma de la demanda, la oportunidad en que debe presentarse y el trámite que ha de dársele. De lo contrario, todo esto quedaría librado al arbitrio del juez.

Cuarta.- Por qué no quebranta la Constitución la norma acusada.

La norma demandada se limita a establecer la posibilidad de declarar desierto el recurso de casación cuando la demanda no reúne los requisitos establecidos por la ley.

Cabe preguntarse: ¿Qué sentido tendría establecer unos requisitos si su incumplimiento no produjera consecuencia alguna?

La Constitución ha confiado al legislador la función de expedir códigos en todos los ramos de la legislación, entre ellos el que tiene que ver con los procesos. Si el proceso es un conjunto de reglas, ¿Por qué viola la Constitución la que se examina?

Es evidente que la norma acusada es razonable, de conformidad con la naturaleza y las finalidades del recurso extraordinario de casación.

La Corte sólo podría declarar inexequibles normas procesales que por sí mismas quebrantarán el debido proceso o una cualquiera de las normas de la Constitución.

De otra parte, interponer el recurso extraordinario de casación, es una facultad de las partes que pueden ejercer o abstenerse de hacerlo. Pero si la ejercen, deben sujetarse a las normas procesales correspondientes.

Es claro que cuando las normas procesales establecen un recurso y señalan unas condi-

ciones para su ejercicio, el recurrente debe sujetarse a ellas. Si las desconoce, el interesado no interpuso el recurso tal como éste está reglamentado.

La primacía del derecho sustancial prevista por el artículo 228 de la Constitución, no puede interpretarse como la inexistencia de las normas procesales. No, el entendimiento cabal del precepto constitucional apenas conduce a definir las normas procesales, y el proceso en sí, como un medio para realizar el derecho, para que la norma jurídica se aplique al caso concreto. Recuérdese lo dicho por la Corte Constitucional, al decidir una demanda contra el artículo 373 del Código de Procedimiento Civil, norma semejante a la acusada ahora:

"Al declarar el inciso cuarto del artículo 273 del Código de Procedimiento Civil que en caso de no reunir la demanda los requisitos formales que le exige la ley, se declarará desierto el recurso y se ordenará devolver el expediente al tribunal de origen, sólo se está en presencia de unos efectos sancionatorios, originados en el incumplimiento de una norma de carácter procesal por el accionante, y no en la hipótesis de hacer prevalecer una norma adjetiva sobre la sustantiva". (Corte Constitucional, sentencia C-215 de abril 28 de 1994, magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz).

El mismo argumento que sirve de base a la demanda, o uno similar, serviría para demandar la declaración de inconstitucionalidad de todas las normas procesales, o de su inmensa mayoría.

Es claro, en síntesis, que la norma demandada no quebranta el artículo 228 ni ninguna otra disposición de la Constitución. En consecuencia, será declarada exequible.

Se advierte que, por razón de su unidad inescindible, se declarará exequible el artículo 226 en su integridad, porque no quebranta precepto alguno de la Constitución.

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 226 del decreto 2700 de 1991.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-447
septiembre 18 de 1997

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos deben ser cumplidos materialmente

Si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace, hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte, y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ineptitud

La jurisprudencia de esta Corporación exige la existencia de acusaciones susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal. Por consiguiente, el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad. Tampoco existe una demanda idónea cuando la acusación no es relevante constitucionalmente sino que se fundamenta en razones puramente legales. Finalmente ha entendido que no existe materialmente cargo, si el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inadmisión/
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Racionalización de su ejercicio

No hay razón para que esta Corporación admita demandas que evidentemente no están llamadas a prosperar por ausencia de cargo susceptible de ser debatido, o por falta de señalamiento de una norma constitucional posiblemente infringida, puesto que se estarían utilizando importantes recursos estatales para una labor que no beneficia a ninguna persona ya que la sentencia deberá ser inhibitoria por inepta demanda. Nótese que esta inadmisión no sólo permite una racionalización del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad sino que no afecta en manera alguna el derecho político de los ciudadanos de acusar normas (C.P. art. 40), puesto que no sólo el propio actor tiene la posibilidad de proceder a la corrección de su escrito sino que, además, el rechazo de una demanda no hace tránsito a cosa juzgada.

COSA JUZGADA MATERIAL-Respeto al precedente

La cosa juzgada material no debe ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente. Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión.

Referencia: Expediente D-1648

Norma acusada: Artículo 11 (parcial) del Decreto Ley 1228 de 1995.

Demandante: Jorge Antonio Orozco Forero

Temas: Los requisitos de la demanda deben ser cumplidos materialmente, y no sólo formalmente, para que la Corte pueda pronunciarse de fondo.

Una demanda materialmente inepta debe ser inadmitida, por economía procesal y para permitir su eventual correción.

Cosa juzgada material y admisión de una demanda de inconstitucionalidad.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, diez y ocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Jorge Antonio Orozco Forero presenta demanda de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, la cual fue radicada con el número D-1648. 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 11del Decreto Ley 1228 de 1995 la Ley 331 de 1996, y se subraya el inciso primero que se encuentra demandado.

Artículo 11. Federaciones deportivas. Las federaciones deportivas nacionales son organismos de derecho privado, constituidas como asociaciones o corporaciones por un número mínimo de ligas deportivas o asociaciones deportivas departamentales o del Distrito Capital o de ambas clases, para fomentar , patrocinar y organizar la práctica de un deporte y sus modalidades deportivas dentro del ámbito nacional e impulsarán programas de interés público y social.

Las federaciones deportivas adecuarán su estructura orgánica para atender al aporte aficionado y el deporte profesional separadamente, y tendrán a su cargo el manejo técnico y administrativo de su deporte en el ámbito nacional y la representación internacional del mismo.

PARAGRAFO. El deporte del Ministerio de Defensa Nacional, será administrado por la Federación Deportiva Militar que para los efectos legales se considera un organismo deportivo de nivel nacional, y podrá contar con una liga por cada deporte.

Podrán estar inscritos en ésta federación, los deportistas bajo banderas y el personal que pertenezca o dependa del Ministerio de Defensa, con excepción de sus entidades de servicios. Estos deportistas, una vez hayan cumplido su servicio militar o se retiren de la institución respectiva, podrán acceder libremente al organismo deportivo que deseen.

III. LA DEMANDA

El actor aduce que la norma demandada viola el artículo 23 de la Constitución. Sin embargo, en general la demanda no formula un cargo directo contra el contenido normativo de la disposición sino que relata la manera como, según criterio del actor, la Federación Colombiana de Voleibol ha vulnerado su derecho de petición, ya que esa entidad no ha dado respuesta a las solicitudes que ha presentado desde el año de 1994. Así, el demandante señala que la Federación le manifestó que por ser una entidad de carácter privado no atendía su solicitud, por cuanto no se le aplican las normas sobre derecho de petición. En tales circunstancias, el actor cita apartes de sentencias de tutela proferidas por la Corte que señalan que las regulaciones de los organismos privados no pueden desconocer la Constitución y que, con fundamento en el artículo 23 Superior, el legislador puede regular el derecho de petición en relación con los organismos privados con el objeto de proteger los derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, el actor concluye que las normas demandadas son inconstitucionales pues "le NIEGA al ciudadano un derecho fundamental como es el de PETICIÓN".

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES

La ciudadana Virgina Coll Barrios interviene para impugnar la demanda. Según su criterio, la norma acusada no viola el artículo 23 de la Constitución ya que la Carta es clara al afirmar "que el legislador podrá reglamentar el ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales, lo que a la fecha no se ha producido." Además, agrega la intervinientes, la demanda surge de un conflicto entre el actor y la Federación Colombiana de Voleibol, debido a que esta entidad no ha respondido a sus peticiones, con lo cual "se ignora, si es el derecho de petición o la conformación de federaciones deportivas, el que viola el derecho fundamental objeto de la demanda." Por ello concluye la interviniente que "si bien es cierto que el actor demanda por inconstitucionalidad el artículo 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, también lo es, que no da causal alguna de la violación del mismo", razón por la cual no se puede "profundizar sobre el tema".

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuellar, solicita a la Corte que se declare inhibida de conocer de fondo de la constitucionalidad. Según su criterio, la demanda es inepta, pues en el fondo no existe ningún cargo, ya que no aparece "la explicación requerida para concluir que el precepto demandado contradice lo establecido en la Constitución". Además, según la Vista Fiscal, el reclamo presentado por el demandante se funda en un problema particular, por lo cual "no corresponde a la naturaleza propia del control de constitucionalidad", el cual se caracteriza "por pro-

ducir sentencias con efectos *erga omnes*, mediante las cuales se decide sobre la permanencia en el sistema normativo de las disposiciones atacadas." En efecto, señala el Procurador, "la demanda no está dirigida contra el contenido del artículo 11 del Decreto de 1995, pues, el actor no pretende demostrar su inconstitucionalidad, sino explicar la inconveniencia de mantener el carácter privado de estas federaciones." Concluye entonces la Vista Fiscal que es "improcedente que la Corte Constitucional emita un fallo de mérito, toda vez que en el presente caso no existe la controversia jurídica propia de los juicios de constitucionalidad", puesto que ésta no ha sido establecida para llevar ante la Corte Constitucional "peticiones de carácter individual".

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 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, ya que se trata de una demanda en contra de un artículo que hace parte de un decreto ley.

Noción material de demanda de inconstitucionalidad en debida forma.

2- Según la Vista Fiscal, la Corte en este caso no debe pronunciarse de fondo sobre la demanda, ya que el actor no formula ningún cargo específico contra la disposición acusada, sino que utiliza la acción de inconstitucionalidad para solucionar un conflicto particular, con lo cual desnaturaliza la naturaleza ciudadana y pública de esta acción. Para la Procuraduría la demanda es por estas razones inepta, por lo cual la decisión debe ser inhibitoria. Es pues necesario que la Corte analice si efectivamente el actor cumplió los requisitos que el artículo 2° del decreto 2067 de 1991 establece para que los ciudadanos puedan ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. Dice la citada norma:

ART. 2°. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de los normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;

2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas;

3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados;

4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y

5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

Esta Corporación tuvo ya la oportunidad de estudiar la constitucionalidad de varias de

esas exigencias y concluyó que son perfectamente admisibles, ya que son "unos requisitos mínimos razonables que buscan hacer más viable el derecho sin atentar en ningún momento contra su núcleo esencial.[1]" Por consiguiente, si un ciudadano demanda una norma, debe cumplir no sólo formalmente sino también materialmente estos requisitos, pues si no lo hace, hay una ineptitud sustancial de la demanda que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, impide que la Corte se pronuncie de fondo[2]. En efecto, el artículo 241 de la Constitución consagra de manera expresa las funciones de la Corte ,y señala que a ella le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos del artículo. Según esa norma, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido demanda, esto es, una acusación en debida forma de un ciudadano contra una norma legal.

3- La formulación de un cargo constitucional concreto contra la norma demandada es uno de los requisitos materiales que debe cumplir el demandante ya que, como lo dijo la Corte al declarar la exequibilidad de esa exigencia, "el ataque indeterminado y sin motivos no es razonable"[3]. Al ciudadano se le impone entonces como carga mínima que sustente de manera específica el concepto de la violación, a fin de que pueda existir una verdadera controversia constitucional. En tales circunstancias, antes de pronunciarse de fondo sobre una demanda, la Corte debe verificar si el actor ha materialmente formulado un cargo, pues de no ser así, la decisión debe ser inhibitoria, ya que la demanda sería "sustantivamente inepta, por no contener cargos concretos de inconstitucionalidad susceptibles de ser analizados y evaluados por ella mediante el ejercicio del control constitucional"[4]. Nótese que la jurisprudencia de esta Corporación exige la existencia de acusaciones susceptibles de ser analizadas y discutidas mediante el trámite propio del control constitucional abstracto, lo cual implica que el demandante debe formular un cargo concreto, de naturaleza constitucional, contra una norma legal. Por consiguiente, el actor no cumple ese requisito si se limita a efectuar una formulación vaga, abstracta y global de los motivos de inconstitucionalidad, sin acusar específicamente la disposición, pues su omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad. Tampoco existe una demanda idónea cuando la acusación no es relevante constitucionalmente sino que se fundamenta en razones puramente legales. Finalmente esta Corporación ha entendido que no existe materialmente cargo, si el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico. En efecto, y como bien lo señala la Vista Fiscal, la acción constitucional es de naturaleza pública y tiene rasgos específicos, ya que su finalidad es retirar o mantener en el ordenamiento una norma, según ésta sea o no exequible, por medio de una decisión que tiene efectos *erga*

1 Sentencia C-131/93 MP Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 1.4.
2 Ver, entre otras, las sentencias C-024/94 Fundamento Jurídico No 9.1.c, C-509/96 y C-236/97.
3 Sentencia C-131/93. MP Dr. Alejandro Martínez. Fundamento Jurídico No. 1.3
4 Sentencia C-236/97. MP Dr. Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte No 3.

omnes. Por ello el control abstracto no es un ámbito propio para discutir peticiones de carácter individual, para las cuales el ordenamiento prevé otras vías procesales. Esto obviamente no significa que el demandante deba carecer de todo interés particular en los resultados de la demanda, pues puede ser legítimo que intente obtener un provecho propio de la decisión constitucional. Simplemente la Constitución exige que, en la medida en que el actor actúa como un ciudadano en ejercicio de una acción pública, tiene el deber de estructurar un cargo general y propiamente constitucional contra la norma legal que impugna. Así, esta Corporación ha señalado al respecto:

A pesar de que el demandante se refiere en el punto sexto de los "cargos de la demanda" a las normas parcialmente demandadas como contrarias a la Constitución, sus argumentos se enderezan a demostrar la ilegalidad del concurso en la forma como fue organizado en el Acuerdo 003 de 1995, y no a concretar el cargo de inconstitucionalidad que contra ellas dirige, tal y como el numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1997 lo exige al disponer que la demanda debe contener "las razones por las cuales dichos textos (constitucionales) se estiman violados".

La acción pública de inconstitucionalidad no es un mecanismo establecido para impugnar decisiones de la administración ni para resolver situaciones jurídicas concretas. El ordenamiento jurídico prevé otro tipo de acciones - ante la jurisdicción contencioso administrativa - para juzgar la legalidad de la convocatoria a un concurso por parte de la administración.

Dado que la demandante no estructuró el concepto de la violación de los preceptos constitucionales invocados, no le queda a la Corte otra opción que, como lo solicitan el apoderado judicial de la Contraloría General de la República y el Procurador General de la Nación, declararse inhibida para pronunciarse de fondo[5].

Admisión, demanda inepta y cosa juzgada material.

4- En los anteriores eventos, es claro que la demanda es inepta, y la decisión de la Corte debe ser inhibitoria. Es más, lo procedente en tales eventos, y en otros que le son próximos, por razones de economía procesal y para cualificar la propia participación ciudadana, es la inadmisión de la demanda. Así, en reciente Auto de la Sala Plena[6], la Corte reiteró que si bien la acción pública de inconstitucionalidad es pública y no está sometida a mayores rigorismos (CP arts 40 y 241), por lo cual en su trámite debe predominar la informalidad[7] y la realización del derecho sustancial (CP art. 228), también es deber de la Corte, al estudiar la admisión de una demanda, examinar si los actores han cumplido o no realmente los requisitos establecidos por la Constitución y la ley. Este estudio no consiste entonces en una simple verificación formal del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 2° del

5 Sentencia C-568 de 1995. MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamentos Jurídicos No 4, 5 y 6.
6 Ver Auto de Súplica del 29 de julio de 1997. Expediente D-1718
7 Ver, entre otras, la sentencia C-016/93

decreto 2067 de 1991 sino que corresponde al Magistrado Sustanciador analizar si mínimamente el actor ha cumplido materialmente esos requisitos. Por ejemplo, si el actor formalmente invoca una disposición constitucional pero en realidad ésta no existe, o no formula un cargo concreto, o recurre a la acción pública para resolver problemas concretos, y no para impugnar el contenido normativo de una disposición legal, el Magistrado Ponente debe inadmitir la demanda a fin de permitir al actor que efectúe la correspondiente corrección o, en caso de que no se cumpla con esa carga, proceder a su rechazo definitivo. En efecto, en función de la economía procesal, y para el mejor ejercicio de la delicada función de la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución que corresponde a la Corte (C.P. arts 209, 228 y 241), no hay razón para que esta Corporación admita demandas que evidentemente no están llamadas a prosperar por ausencia de cargo susceptible de ser debatido, o por falta de señalamiento de una norma constitucional posiblemente infringida, puesto que se estarían utilizando importantes recursos estatales para una labor que no beneficia a ninguna persona ya que la sentencia deberá ser inhibitoria por inepta demanda. Nótese que esta inadmisión no sólo permite una racionalización del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad sino que no afecta en manera alguna el derecho político de los ciudadanos de acusar normas (C.P. art. 40), puesto que no sólo el propio actor tiene la posibilidad de proceder a la corrección de su escrito sino que, además, el rechazo de una demanda no hace tránsito a cosa juzgada. La Corte simplemente exige del ciudadano un deber mínimo de diligencia, y ello con el exclusivo fin de que esta Corporación pueda cumplir adecuadamente sus funciones, ya que, tal y como se ha señalado en diversas sentencias, no corresponde a la Corte Constitucional revisar oficiosamente las leyes sino examinar aquellas que han sido demandadas en debida forma por los ciudadanos, lo cual implica que el trámite de la acción pública sólo puede adelantarse cuando efectivamente haya habido una demanda que tenga al menos la mínima posibilidad de conducir a un pronunciamiento de inexequibilidad.

5- En el auto anteriormente mencionado, la Corte señaló que también procede la inadmisión de la demanda cuando el cargo del actor, "conforme a clarísima y reiterada jurisprudencia constitucional sin ningún lugar a dudas es totalmente infundado", ya que "no hay razón para que esta Corporación admita demandas que evidentemente no están llamadas a prosperar"[8]. En la presente ocasión, la Corte reitera y precisa el fundamento y el sentido del anterior criterio.

Así, según el artículo 6° del decreto 2067 de 1991, la Corte no debe admitir aquellas demandas "sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada". Ahora bien, en anteriores decisiones, la Corte ha precisado que la cosa juzgada constitucional, conforme a la Carta, tiene no sólo un alcance formal, esto es, no recae únicamente sobre la disposición específica estudiada por la Corte, sino que tiene también un alcance material, pues se proyecta sobre los otros textos legales que pudieran tener idéntico contenido normativo. La cosa juzgada constitucional alcanza así los contenidos mismos de la disposición jurídica, y opera tanto en las decisiones de exequibilidad como de inexequibilidad, "cuando la decisión constitucional resuelve el fondo del asunto objeto de su jui-

8 Auto de Súplica del 29 de julio de 1997. Expediente D-1718

cio que ha sido suscitado por el contenido normativo de un precepto"[9]. Por ende, cuando conforme a una jurisprudencia clara de esta Corporación, resulta evidente que la norma acusada por el actor es exequible, es razonable que, por razones de economía procesal, la Corte inadmita la demanda, puesto que ésta no está llamada a prosperar, por encontrarse prácticamente cubierta por una cosa juzgada constitucional material.

6- Con todo, podría objetarse que esta inadmisión no es legítima en la medida en que afecta el derecho a demandar del ciudadano, pues no se puede olvidar que "si bien la Corte tiene el deber de racionalizar la función judicial que le ha sido encomendada, también lo es que, en atención al principio participativo, debe darse la oportunidad a los demandantes para controvertir sus decisiones.[10]" Sin embargo, ese argumento no es de recibo pues, como ya se indicó, no sólo la admisión no hace tránsito a cosa juzgada sino que, además, el propio ciudadano tiene la posibilidad de corregir la demanda, o recurrir a la Sala Plena en súplica, precisando las razones que, según su criterio, hacen necesario un pronunciamiento de fondo de la Corporación. Por ejemplo, el actor podría mostrar que el caso es diferente a los precedentes, y por ende la cosa juzgada material no opera en relación con la norma acusada. De esa manera, la inadmisión permite que se entable un diálogo constitucional entre el actor y la Corte, que posibilita un control constitucional más participativo, en la medida en que el demandante tiene la opción de precisar el alcance de sus impugnaciones. Por ello, para la Corte es claro que la inadmisión en estos casos no vulnera la participación ciudadana en los procesos de control constitucional sino que tiende a cualificarla, con lo cual se fortalece la democracia y se garantiza mejor la integridad de la Constitución.

Es más, gracias a este diálogo, se brinda incluso al ciudadano la oportunidad para invocar razones constitucionales suficientes que hagan ineludible un estudio material con el fin de determinar si es necesario un cambio de criterios jurisprudenciales. En efecto, la cosa juzgada material no debe ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente. Todo tribunal, y en especial la Corte Constitucional, tiene la obligación de ser consistente con sus decisiones previas. Ello deriva no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Por eso, algunos sectores de la doctrina consideran que el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos, y que efectivamente lo hace[11]. Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (*ratio decidendi*) de sus precedentes decisiones. Esto no significa obviamente que, en materia de jurisprudencia constitucional, el respeto al precedente y a la cosa juzgada constitucional deban ser sacralizados y deban

---

9 Sentencia C-247/96. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 2. Ver igualmente las sentencias C-685/96. Fundamento Jurídico No 18y C-301/93. Fundamentos Jurídicos No 2 y ss.

10 Auto de Súplica del 29 de julio de 1997. Expediente D-1718

11 Ver, entre otros, Luis Prieto Sanchís. "Notas sobre la interpretación constitucional" en Revista del Centro de Estudios Constitucionales. No 9. Madrid, mayo-agosto de 1991.

prevalecer ante cualquier otra consideración jurídica, puesto que ello no sólo puede petrificar el ordenamiento jurídico sino que, además, podría provocar inaceptables injusticias. Las eventuales equivocaciones del pasado no tienen por qué ser la justificación de inaceptables equivocaciones en el presente y en el futuro. Se debe entonces aceptar que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas-.

En ese orden de ideas, la lógica consecuencia de lo anterior es que un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Los operadores jurídicos confían en que el tribunal responderá de la misma manera y fundamentan sus conductas en tal previsión. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, ellas primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

En tales circunstancias, la inadmisión y el eventual rechazo permiten que el actor presente todos los criterios que, a su juicio, justifican un eventual cambio jurisprudencial.

La decisión a tomar.

7- Conforme a todo lo anterior, la Corte concluye que en el presente caso el Ministerio Público tiene razón en señalar que la demanda es inepta, pues el actor no formuló ningún cargo específico contra el contenido normativo de la disposición acusada. Es claro igualmente que la acción nace de una controversia privada del ciudadano con una federación deportiva específica, conflicto privado para el cual el ordenamiento prevé otras vías más adecuadas, y que no es propio del control abstracto, ya que el demandante no estructuró ningún cargo general, propiamente constitucional, contra la norma impugnada.

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

Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del inciso primero del artículo 11 del Decreto Ley 1228 de 1995, por demanda materialmente inep-

ta, debido a la ausencia de cargo.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

C-448/97
CORTE CONSTITUCIONAL
BIBLIOTECA

SENTENCIA No. C-448/97
septiembre 18 de 1997

VIOLACION DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Vicio de competencia/
VIOLACION DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Alcance

La violación de la reserva de ley estatutaria es un vicio de competencia y no de forma, aspecto en el cual son plenamente aplicables, mutatis mutandis, los criterios establecidos por esta Corporación cuando señaló que el desconocimiento de la regla de unidad de materia y de la reserva de ley orgánica son vicios materiales que no caducan. Se viola la reserva de ley estatutaria cuando el Congreso regula por medio de una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a las leyes estatutarias. Se trata pues, en apariencia, de una impugnación exclusivamente por vicios de forma, ya que parece referirse al puro procedimiento legislativo, esto es al trámite de aprobación y perfeccionamiento de las leyes, pues la violación de la Constitución no ocurre porque el contenido particular de un determinado artículo desconoce mandatos materiales de la Carta, o ha sido expedido por una autoridad a quien no corresponde hacerlo, sino únicamente porque fue incluido en una ley ordinaria y no en una ley estatutaria.

LEY ESTATUTARIA-Desconocimiento de reserva/
VIOLACION DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Vicio de competencia

El desconocimiento de la reserva de ley estatutaria no constituye un vicio puramente formal, puesto que tiene que ver con el contenido material de la norma acusada. Así, una ley ordinaria puede haber surtido un trámite intachable, por haber sido aprobadas todas sus disposiciones conforme al procedimiento.*Esto significa que el vicio de inconstitucionalidad de esos artículos, por desconocer la reserva de ley estatutaria, o de ley orgánica, o la regla de unidad de materia, no puede ser formal pues la forma no ha sido cuestionada. El vicio deriva entonces de que el Congreso no tenía competencia para verter esos contenidos normativos en esa forma particular, esto es, en esa ley específica, y por ello son inconstitucionales, a pesar de que el trámite formal de la ley fue ajustado a la Constitución.La violación de la reserva de ley estatutaria no configura entonces un vicio de forma sino una falta de competencia, puesto que el Congreso no puede tramitar y aprobar por medio del procedimiento y la forma de la ley ordinaria ciertas materias que la Constitución ha reservado al trámite y a la forma más exigentes de la ley estatutaria.Ahora bien, la violación de la reserva de ley estatutaria implica precisamente que el Congreso no tiene la autorización cons-*

titucional -esto es, carece de competencia y de legitimidad- para utilizar la forma de la ley ordinaria para materias que la Carta ha atribuido a la forma de la ley estatutaria. Estamos pues en presencia de un vicio de competencia no es de forma sino material.

CADUCIDAD DE LA ACCION-Caso de improcedencia en ley estatutaria

La acción contra una ley ordinaria por haber violado la reserva de ley estatutaria no es un vicio de forma, y por ende la acción por tal razón no caduca.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Alcance en materia electoral/
LEY ESTATUTARIA-Regulación período de Alcaldes

Son materias propias de reserva estatutaria todas aquellas regulaciones permanentes de las funciones electorales, por lo cual sólo pueden ser desarrollados por medio de leyes ordinarias aquellos aspectos puramente operativos para facilitar una elección concreta.Así las cosas, la fecha de iniciación del período del alcalde electo y la unificación del momento de las elecciones del alcalde y los miembros de las corporaciones públicas territoriales no son temas únicamente operativos en la función electoral, puesto que la periodicidad y las exigencias cronológicas del proceso electoral son aspectos básicos que determinan el sistema político y el gobierno democrático. Se trata pues de materias que deben ser reguladas a través de ley estatutaria, por ser una reglamentación permanente de las funciones electorales.

ELECCION POPULAR DE ALCALDES- Vacancia absoluta/
AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES-Vulneración por sujeción de alcaldes al gobierno central

En todos los casos de vacancia absoluta, los alcaldes deben ser elegidos por voto popular, no sólo como consecuencia de las claras reglas establecidas sino también como lógica expresión de la soberanía popular y la democracia participativa, principios constitutivos de nuestro ordenamiento constitucional. El Legislador desconoció entonces el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan y a gobernarse por autoridades propias. Además, al otorgar al Presidente de la República o a los gobernadores la facultad de nombrar en propiedad a la primera autoridad municipal, la norma legal establece una sujeción jerárquica de los alcaldes al ejecutivo central, que no está autorizada en nuestro ordenamiento constitucional y que vulnera el contenido esencial de las autonomía de las entidades territoriales. La Corte reitera entonces su jurisprudencia sobre la necesidad de convocar a nuevas elecciones en caso de vacancia definitiva al cargo de alcalde.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Nombramiento temporal de alcalde/
GOBERNADOR-Nombramiento temporal de alcalde

Los nombramientos en interinidad que efectúe el Presidente de la República o los gobernadores respectivos son admisibles pero tendrán vocación estrictamente temporal, pues su realización sólo se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento opor-

tuno de las tareas constitucional y legalmente encomendadas a la primera autoridad municipal, mientras se elige, en la forma establecida en la Carta, al nuevo alcalde.

AUTORIDADES LOCALES -Fecha de elección

Las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales se realizarán el último domingo del mes de octubre". La Corte entiende que, como regla general en materia de elecciones, esta norma es razonable y no contradice ningún precepto constitucional, por lo cual puede ser considerada un desarrollo del artículo 293 de la Carta, que atribuye a la ley la regulación de estos temas. Sin embargo, en circunstancias especiales de vacancia absoluta del cargo, por revocatoria del mandato, por destitución, por muerte, renuncia o cualquier situación en que definitivamente la alcaldía deja de tener un titular elegido popularmente, debe iniciarse el proceso electoral para la proclamación del electo representante de la voluntad popular, elección que, como es obvio, puede no ser adelantada en la fecha prevista por esa norma. Es pues necesario tener en cuenta tal precisión para que ese contenido normativo se ajuste a la Carta.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Nombramiento temporal de alcalde/**GOBERNADOR**-Nombramiento temporal de alcalde

Los nombramientos en interinidad que efectúe el Presidente de la República o los gobernadores respectivos sor admisibles pero tendrán vocación estrictamente temporal, pues su realización sólo se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas constitucional y legalmente encomendadas a la primera autoridad municipal, mientras se elige, en la forma establecida en la Carta, al nuevo alcalde.

DEMOCRATIZACION DE LA PLANEACION DE LA ACCION DEL ESTADO-Alcance/**AUTORIDAD LOCAL**-Elección

No debe confundirse la democratización de la planeación de la acción del Estado con la elección de las primeras autoridades locales, pues la participación democrática en el sistema de definición de la gestión administrativa se garantiza en normas constitucionales y legales que regulan tanto la integración del Consejo Nacional de Planeación como el proceso de ejecución, fiscalización y evaluación del plan, mientras que la materialización de las metas del elegido se plasman, a nivel local, en el proceso de concertación política entre el alcalde y el concejo municipal respectivo. Por lo anterior, la Corte considera que la búsqueda de coherencia administrativa no es un argumento constitucional suficiente para desconocer una regla constitucional expresa, como aquella que señala que el alcalde "será elegido popularmente para períodos de tres años".

UNIDAD NORMATIVA-Alcance

La Corte debe efectuar la unidad normativa cuando ella es necesaria para evitar que el fallo sea inocuo, lo cual ocurre en particular cuando el contenido normativo de la norma que será retirada del ordenamiento se encuentra reproducido en otras disposiciones, que

deben entonces también ser declaradas inexequibles. Esto sucede en el presente caso, pues los artículos 51 y 52 de la Ley 241 de 1995 establecen casos en los cuales la vacancia absoluta de una alcaldía es llenada por nombramiento del gobernador o el Presidente, y no por elección popular, tal y como lo ordena la Carta.

VACANCIA TEMPORAL DE ALCALDE-Vacio legal/**SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-**Aparente vacio legal/**ALCALDE-**Período

Esta sentencia puede generar un aparente vacío normativo por cuanto son expulsadas del ordenamiento las disposiciones legales que establecían como llenar las vacancias absolutas del alcalde, por razones distintas a la revocatoria del mandato, pues para este último caso existen normas estatutarias que regulan el tema,uno de los efectos de una declaratoria de inexequibilidad de una disposición es que se restauran ipso jure, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento constitucional, las normas que habían sido derogadas por las disposiciones declaradas inconstitucionales en la sentencia. Esto significa entonces que las normas precedentes a la las leyes 136 de 1994 y 241 de 1995 que regulaban el tema, a saber los artículos pertinentes de las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, reviven y son aplicables para llenar este vacío legal, obviamente en aquellos puntos en que su regulación se encuentre conforme a la Constitución, que es norma de normas (CP art. 4°).Si subsisten vacíos de regulación, la Corte considera que, conforme a principios clásicos de integración normativa, éstos pueden ser llenados recurriendo a las disposiciones estatutarias que regulan la revocatoria del mandato, pues se trata de una situación semejante. No se trata obviamente de conferir competencias por medios analógicos, lo cual repugna al Estado de derecho (CP arts 1°, 6° y 121), sino de solucionar, recurriendo a los principios y reglas que rigen una situación semejante, un vacío de regulación relativo al procedimiento para llenar temporalmente las vacantes, mientras se convoca a las nuevas elecciones, por medio de las cuáles se determinará quien es el nuevo alcalde en propiedad.En razón a la seguridad jurídica a la que debe propender todo fallo judicial, y en vista de que existen situaciones jurídicas consolidadas, la Corte Constitucional, en ejercicio de la facultad que tiene para fijar los efectos de sus sentencias, determinará que la presente decisión sólo surtirá efectos a partir de la notificación del fallo. En consecuencia, aquellos alcaldes que hayan sido elegidos popularmente, se entiende que lo fueron por los tres años establecidos por la Constitución, incluso si la elección fue anterior a la presente decisión. Y aquellos alcaldes que fueron nombrados en propiedad por el Presidente de la República o por los gobernadores ante la vacancia absoluta de la primera autoridad municipal, y en virtud de las normas declaradas inexequibles, se debe entender que se trata de un nombramiento provisional, por lo cual se deberá empezar a realizar las acciones necesarias para que se proceda a la elección popular del nuevo alcalde.

Referencia: Expediente D-1655

Normas acusadas: Artículos 85 (parcial) y 107 (parcial) de la Ley 136 de 1994.

Actor: Claudio Zambrano Pinzón.

Temas:

La violación de la reserva de ley estatutaria es un vicio material que no caduca.
Contenido de la ley estatutaria en materia electoral.
Democracia participativa y nombramiento de alcaldes por el Presidente de la República o por Gobernadores.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Claudio Zambrano Pinzón, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demanda algunas expresiones de los artículos 36 y 48 del Decreto 1421 de 1993 y, apartes de los artículos 85 y 107 de la Ley 136 de 1994, la cual fue radicada con el número D-1655. Mediante auto de mayo 14 de 1997, el Magistrado Ponente rechazó la impugnación en relación con los artículos 36 y 48 del Decreto 1421 de 1993, por cuanto esta Corporación no es competente para conocer de demandas ciudadanas que se presenten contra ese decreto, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto por la Sala disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en providencia del 13 de octubre de 1994, corresponde al Consejo de Estado el conocimiento de estas acusaciones. El Magistrado Sustanciador decidió la admisión respecto de los apartes impugnados de los artículos 85 y 107 de la Ley 136 de 1994, al verificar que sobre el asunto el líbelo cumplía los requisitos exigidos por la ley. 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. DE LOS TEXTOS LEGALES OBJETO DE REVISION.

A continuación se transcriben los artículos demandados y se subrayan los apartes acusados.

Ley 136 de 1994

(junio 2)

"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

El Congreso de Colombia
DECRETA:

(...)

Artículo 85. Elección. *Los alcaldes serán elegidos por mayoría de votos de los ciudadanos* ***en la misma fecha en la cual se elijan gobernadores, diputados y concejales.***

Los alcaldes tendrán un período de tres (3) años ***que se iniciará el primero de enero siguiente a la fecha de su elección*** *y no podrán ser reelegidos para el período siguiente.*

Parágrafo transitorio. *Los alcaldes elegidos para el período iniciado en 1992 ejercerán sus funciones hasta el treinta y uno de diciembre de 1994, de conformidad con lo previsto en el artículo transitorio 19 de la Constitución Política.*

(...)

Artículo 107. Convocatoria a elecciones. *Si la falta absoluta se produjere* ***antes de transcurridos veinticuatro (24) meses del período del alcalde****, el Presidente de la República o el gobernador respectivo, según sus competencias en el decreto de encargo señalarán la fecha de elección del nuevo alcalde, la cual deberá realizarse dentro de los dos meses siguientes a la expedición del decreto.*

El candidato a nuevo alcalde deberá anexar a la inscripción de su candidatura, la cual debe ser treinta días antes de la elección, el programa de gobierno que someterá a consideración ciudadana.

Si la falta absoluta se produjere después de transcurridos veinticuatro (24) meses del período del alcalde, el Presidente de la República o gobernador respectivo, según sus competencias designará el alcalde para el resto del período, de la misma filiación política del anterior, quién deberá gobernar con base en el programa que presentó el alcalde electo.

Parágrafo. *Si la falta absoluta del Alcalde Municipal es la muerte ocasionada en forma violenta por terceros, no se convocará a nueva elección y el Presidente o Gobernador designará Alcalde de la misma filiación y grupo político del titular, de terna de candidatos presentada por quienes inscribieron la candidatura de la anterior.*

Parágrafo transitorio. *Lo dispuesto en este artículo sólo se aplicará a partir del 1° de enero de 1995.*

III. LA DEMANDA

Según criterio del actor, las normas acusadas transgreden el preámbulo y los artículos 1°, 2°, 14, 189, 259, 260, 287 y 305 de la Constitución.

En primer término, el actor considera que las expresiones demandadas desconocen el principio democrático, que es uno de los fundamentos de nuestro orden jurídico, pues "el interés personal que se manifiesta en la renuncia de un mandatario no puede ser visto con buenos ojos, y la manera de proveer su reemplazo no puede ser tan simplista como el acto que la ocasiona". Por lo tanto, a su juicio, la manera de resolver el relevo del alcalde debe ser la elección popular que "castigue la negligencia de aquel que antepone sus intereses personales a los altos designios comunitarios que se le han confiado, o que por el contrario, esa opinión popular ratifique su confianza". Además, señala el demandante, las normas acusadas contrarían la noción de Estado Social de Derecho, pues imponen un "origen estatista" a las relaciones de poder, las cuales de acuerdo con la Constitución, deben nacer de la voluntad popular.

En el mismo sentido, el ciudadano considera que las normas acusadas desconocen el principio de autonomía de las entidades territoriales, puesto que cada región tiene derecho a tomar sus propias decisiones, sin la autorización de los órganos del poder central. Por consiguiente, la intervención del Presidente de la República o de los gobernadores en la designación de la primera autoridad local origina una intromisión en asuntos de interés netamente local, toda vez que imponen una decisión sin considerar la participación de los ciudadanos en los asuntos que les conciernen, por lo cual las normas impugnadas contrarían los derechos políticos de los ciudadanos.

Así mismo, el demandante sostiene que los apartes acusados transgreden los artículos 189 y 305 de la Constitución, pues se atribuye al Presidente de la República y a los gobernadores una función que no está prevista en la Carta, la cual, en ninguna parte contempla el nombramiento presidencial en propiedad de gobernadores o alcaldes. Esta omisión constitucional, según el actor, no es casual sino que es coherente con la filosofía democrática de la Carta, en donde se establece una relación jurídico-política directa entre el individuo y el gobernante. Por consiguiente, concluye el actor, la imposición de un programa que no ha sido avalado democráticamente por los interesados implica el desconocimiento del principio democrático que inspira a nuestra Carta.

De otra parte, el ciudadano considera que las normas acusadas violan la institución del voto programático y el principio de la elección directa de alcaldes y gobernadores pues, a su juicio, en todos los casos de vacancia absoluta del cargo, ya sea por revocatoria del mandato o por renuncia, debe considerarse que existe terminación del mandato. En consecuencia, en todos estos eventos debe convocarse a nueva elección, lo cual se explica por la ausencia de norma constitucional que exija la coincidencia forzosa de fechas para la elección de las autoridades municipales.

Finalmente, el demandante realiza un repaso por la jurisprudencia de esta Corporación y concluye que la regla que fue fijada jurisprudencialmente para la revocatoria del mandato debe aplicarse cuando existe renuncia del alcalde, por lo cual también en este caso debe

convocarse a nuevas elecciones. Según su criterio, la tesis contraria vulnera los principios democrático y de la autonomía territorial.

IV. INTERVENCIONES Y PRUEBAS

De acuerdo con lo señalado en el informe de la Secretaria General de esta Corporación de julio 7 de 1997, durante el término de fijación en lista para la intervención ciudadana no se presentó ningún escrito.

Por su parte, el Magistrado Ponente consideró necesario incorporar al expediente pruebas relacionadas con las posibles dificultades prácticas que podría generar en los procesos electorales, la planeación y las transferencias de la Nación a las entidades territoriales, el hecho de que se realizaran elecciones para los alcaldes para períodos individuales de tres años, por lo cual ofició a la Federación de Municipios, a la Registraduría Nacional, al Departamento Nacional de Planeación, y los Ministerios de Hacienda y del Interior, para que conceptuaran sobre esta materia. A continuación se transcriben los aspectos más relevantes de tales conceptos.

4.1. Concepto de la Federación Colombiana de Municipios

En respuesta al cuestionario de la Corte, el Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios, Gilberto Toro Giraldo, considera que la convocatoria a elecciones de alcaldes en fechas diversas no es traumática para la gestión municipal, ni para la autonomía local, ya que si estas "elecciones locales sólo interesan a los lugareños, el hecho de que ellas no coincidan con las que se efectúan en otros municipios permitirá afianzar esa disciplina de lo propio, refinar el sentido de pertenencia, la palabra de oro de la ciencia política contemporánea: legitimidad." Según su criterio, el único riesgo radicaría en el denominado "trasteo de votos", pero éste es muy fácil de conjurar pues basta con sentar el principio de que el "censo electoral tiene una vigencia de tres años, es decir que las personas durante el trienio respectivo sólo podrán votar en un único municipio." El interviniente considera que estos procesos electorales en diferente fechas no afectan tampoco los procesos de concertación en materia de planeación, ya que ésta "se logra por dos vías", que son el "reparto de competencias, y la necesaria participación de las entidades territoriales en los ámbitos más amplios." Así, en virtud del primer mecanismo "cada entidad tiene un ámbito de acción delimitado", por lo cual no tiene por qué "haber entrecruzamiento de planes, ni duplicación de actividades, si las entidades territoriales, y especialmente la nación, aprenden el principio de responsabilidad que les impone hacerse cargo de sus competencias exclusivas, participar en la medida indicada en las concurrentes, y abstenerse en las ajenas." Y el "segundo mecanismo constituye también una expresión de la autonomía." Con base en todo lo anterior, la Federación considera que la Corte "debe reiterar su doctrina de que la Ley no puede fijar período institucional al Alcalde, y de ser posible, por aplicación de la unidad normativa, entrar a conocer de todas las normas con base en las cuales otras corporaciones vienen declarando que en Colombia los alcaldes inician período el 1° de enero y lo terminan el 31 de diciembre del tercer año siguiente, de manera que toda elección que en el interin se realice se entiende hecha por el resto del período."

4.2. Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

El Director General del Presupuesto Nacional, Mario Mejía Cardona, responde al cuestionario de la Corte, en nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Según su criterio, "las elecciones individuales de alcaldes originan costos adicionales al Estado", ya que "se requiere de toda la infraestructura electoral para cada uno de estos procesos", se necesita la "contratación de personal calificado para la obtención y transcripción de la información", fuera de que "se incrementan los costos de gastos de personal en razón a que se requiere de horas extras para desarrollar el trabajo suplementario", y no se pueden hacer "economías de escala". Estos gastos suplementarios "no son fácilmente cuantificables en razón de que su costo depende del nivel de cada municipio y de su potencial electoral". Sin embargo, el Ministerio efectuó una simulación del caso en que se realizan elecciones individuales de "alcaldes que no coincidan con las elecciones de cuerpos colegiados y dignatarios del orden regional y local", y consideró que dichos costos adicionales pueden representar el 61% del valor total del proceso, cifra que el mismo concepto reconoce como aproximada pues "depende de las situaciones y el tipo de municipios en donde se presenta." De otro lado, según este concepto, como la elección individual de alcaldes corresponde a casos fortuitos que se conocen con posterioridad a la aprobación del presupuesto, tales situaciones "no permiten proceso alguno de concertación, antes por el contrario obligan al Gobierno a arbitrar recursos que no estaban contemplados en el presupuesto inicial", por lo cual también se "dificulta la transferencia de recursos a la periferia."

4.3. Concepto del Departamento Nacional de Planeación.

En respuesta al cuestionario de la Corte, el Secretario Privado del Departamento Nacional de Planeación, Carlos Alberto García Navia, señala que las elecciones individuales de alcaldes pueden "generar limitaciones en la elaboración y armonización de los planes, programas de desarrollo y presupuestos", ya que "el presupuesto para el primer año de gobierno ya ha sido elaborado por el alcalde saliente, sin que necesariamente exista coincidencia en los programas y proyectos propuestos". Sin embargo, según su criterio, esta situación no constituye un obstáculo invencible, ya que el alcalde entrante tiene instrumentos para realizar algunas modificaciones al plan de desarrollo y al presupuesto. Así, conforme a la Constitución y a la Ley 152 de 1994 o Ley Orgánica del Plan de Desarrollo, los alcaldes, una vez han tomado posesión del cargo, "tienen un plazo de 2 meses para presentar al respectivo Consejo Territorial de Planeación los respectivos borradores del plan de desarrollo municipal". Esto significa, según sugiere el concepto, que el nuevo alcalde puede introducir innovaciones al plan de desarrollo, de conformidad con su programa de gobierno. Y una vez establecidas tales modificaciones, ya sea por acuerdo o por decreto, el alcalde podrá proponer los cambios que considere necesarios al "presupuesto municipal para ejecutar su plan de desarrollo, en cumplimiento del principio de armonización según el artículo 44 de la Ley 152. Las modificiaciones deben ser presentadas por el alcalde al Concejo Municipal para su aprobación, cuyo proceso no excederá los dos meses."

De otro lado, según Planeación Nacional, la elección de alcaldes en fechas diferentes no genera mayores dificultades en los procesos de planeación, no sólo porque constitucionalmente los períodos nacionales y locales no coinciden, ya que que son de 3 y 4 años respec-

tivamente, sino además porque el artículo 45 de la Ley 152 de 1994 prevé un mecanismo de ajuste, pues señala que si "durante la vigencia del plan de las entidades territoriales se establecen nuevos planes en las entidades del nivel más amplio, el respectivo mandatario podrá presentar para aprobación de la Asamblea o del Concejo, ajustes a su Plan Plurianual de inversiones para hacerlo consistente con aquellos".

Igualmente, el nuevo alcalde también enfrenta algunas dificultades en relación con la ejecución de las inversiones. Así, "deberá incorporar dentro del presupuesto las partidas que aseguren el cumplimiento de los compromisos ya adquiridos, en cumplimiento del principio de continuidad establecido en el numeral F del artículo 3 de la ley 152 de 1994". Además, "en caso de que existan dificultades para la posesión del alcalde, si la gestión y concertación requerida para llevar a cabo proyectos de cooperación técnica o de confinanciación no se da, puede ocurrir que el municipio pierda dichas oportunidades de inversión y desarrollo". A ello habría que agregar que se pueden ver afectados los programas de "capacitación y asistencia técnica que la nación a través de sus diversos ministerios, entidades y programas le otorga a los diferentes alcaldes elegidos o recién posesionados, en materia de planeación, presupuesto y transferencias", ya que estos programas se hacen "a gran escala, razón por la cual, muchos alcaldes elegidos individualmente, o bien no recibirían la capacitación respectiva o lo harían en fases muy avanzadas de sus respectivos gobiernos municipales, perdiéndose así el impacto de mediano plazo esperado en estos programas de capacitación." Con todo, agrega el concepto, ninguna de esas dificultades constituye un obstáculo insuperable.

Finalmente, Planeación Nacional considera que "las elecciones individuales de alcaldes no generan dificultades en el proceso de transferencia de los ingresos corrientes de la nación a los municipios", puesto que la asignación y distribución de estos dineros "se somete a las reglas y condiciones dispuestas por la Ley 60 de 1993, en particular en lo relativo al calendario de giro de recursos, tal como lo prevé el artículo 24 de esta Ley".

4.4. Concepto del Ministerio del Interior.

La Directora General Jurídica del Ministerio del Interior, Liliana Stella Avendaño Rodríguez, responde el cuestionario de la Corte y señala que la realización de las elecciones de alcaldes en fechas diferentes podría ser traumática "para la gestión fiscal, por cuanto implicaría un recorte del período institucional establecido por la ley 136 de 1994, para los alcaldes. No podrían entonces desarrollar de manera adecuada su programa de gobierno, por tener un período recortado." Igualmente considera el concepto que para las autoridades nacionales "también es de importancia una sola fecha de elecciones, por cuanto es indispensable para el desarrollo de sus programas, conocer de manera precisa quienes son los Alcaldes y Gobernadores con los cuales se realizará la labor relacionada con el desarrollo del país, labor que se entorpecería al estar en permanente atención de un sin número de procesos electorales." Finalmente, el concepto añade que la elección de los alcaldes en fechas diversas también genera obstáculos en materia presupuestal y de planeación, porque los presupuestos "podrían haber sido ya presentados y aprobados". Por ello considera que es más beneficioso para los entes territoriales "que sus autoridades sean elegidas en las fechas ya determinadas por la ley, para que, también teniendo en cuenta las disposiciones

legales que regulan las actividades que sobre estas materias debe realizar el gobierno Nacional y Departamental, puedan dentro de los plazos previstos, participar en la concertación a realizarse para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y/o Presupuesto General de la Nación."

4.5. Concepto del Registrador Nacional del Estado Civil.

En respuesta al cuestionario de la Corte, el Registrador Nacional del Estado Civil, Orlando Abello Martínez, señala que la Registraduría Nacional dispone del recurso humano, técnico y la infraestructura necesaria para "llegar a todos los municipios", por lo cual "es factible la realización de elecciones de alcaldes en fechas diferentes", siempre y cuando se cuente con los recursos económicos necesarios para tal efecto. Según su parecer, esas elecciones en fechas diferentes generan costos suplementarios, pero es muy difícil estimar el "porcentaje de incremento" ya que "los factores determinantes de los costos, tales como censo electoral, número de puestos y mesas de votación, número de listas y candidatos varían de acuerdo al municipio donde se realice este evento."

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 inicia su intervención con un recorrido por la jurisprudencia de esta Corporación en relación con la exigencia constitucional de convocar a nuevas elecciones populares en caso de revocatoria del mandato y destitución de alcaldes y gobernadores. Así mismo, se refiere al principio de la democracia participativa en la Constitución de 1991 como modelo político que se extiende no sólo en el ámbito electoral sino también a todos los escenarios de la vida pública y social en donde se adoptan decisiones y se concentran poderes. La democracia participativa es entonces para la Vista Fiscal "un concepto universal, en tanto compromete diversos aspectos de la vida social".

De lo anterior, el Procurador General concluye que la designación de la primera autoridad municipal por el Presidente de la República o por los gobernadores cuando la falta absoluta se produce después de transcurridos 24 meses del período, armoniza plenamente con la naturaleza del mandato que los electores otorgan al alcalde elegido popularmente, pues este sistema conserva los dos elementos vinculados con la expresión de la voluntad, los cuales son: la necesidad de designar a un alcalde de la misma filiación política del elegido popularmente y la obligación del nuevo funcionario de gobernar con base en el mismo programa presentado por el alcalde electo. Por consiguiente, a juicio del Ministerio Público, las designaciones autorizadas en la norma acusada no significan una confiscación de la voluntad popular por parte del ejecutivo. Por el contrario, lo impugnado impone el respeto por el mandato conferido a los gobernantes y otorga primacía al principio de soberanía popular. Por ello, la Vista Fiscal manifiesta que la sustitución del alcalde por el Presidente o por el gobernador en las condiciones previstas en la norma acusada no afecta de manera sustancial la estructura de la democracia participativa, pues su carácter expansivo y universal permite la utilización de múltiples mecanismos que pueden ser desarrollados por el Legislador, siempre y cuando respete la voluntad popular expresada mediante el voto pro-

gramático. Según su criterio, la elección de gobernadores y alcaldes "no apunta de manera principal a escoger un candidato, sino a escoger la mejor opción programática que se presente", toda vez que "el voto programático marca el paso de la cultura de sujeción predicable del clientelismo, tan enraizado en nuestras culturas políticas, a una cultura de la participación"

Finalmente, el Ministerio Público considera que la coincidencia forzosa de los períodos de las autoridades locales y seccionales armoniza con la Carta pues constituye una razonable "medida de armonización estatal". Así, según su parecer, la norma acusada reconoce la relación directa de los programas de gobierno municipales y los planes económicos y sociales de sus respectivos municipios, los cuales, de acuerdo con el artículo 339 de la Constitución, deben estar conformes y deben elaborarse de manera concertada con los planes de desarrollo del Gobierno nacional. Por consiguiente, la convocatoria a nuevas elecciones significaría, de un lado, la aprobación eventual de programas distintos de los que se venían adelantando y, de otro lado, el desconocimiento de la vigilancia sobre el cumplimiento del programa aprobado que exigen la Constitución y los artículos 5° y 6° de la Ley 131 de 1994 o ley estatutaria que reglamenta el voto programático. Por ello, según criterio del Procurador General, la norma se justifica por la necesaria racionalidad que debe caracterizar el funcionamiento administrativo y macroeconómico del Estado, y por la garantía de eficacia de los programas socio-económicos del ejecutivo.

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1. Conforme al ordinal 4° del artículo 241 de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad de los apartes demandados de los artículos 85 y 107 de la Ley 136 de 1994, ya que se trata de la demanda de un ciudadano contra normas de rango legal.

La reserva de ley estatutaria y los vicios de forma.

2. Comienza la Corte por recordar que el control constitucional de los actos sometidos a su análisis no es rogado sino integral, por cuanto corresponde a esta Corporación estudiar las normas impugnadas frente a la totalidad de los preceptos de la Constitución, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales señaladas por el actor. En tales circunstancias, si la Corte encuentra que el acto impugnado adolece de vicios de constitucionalidad materiales o procedimentales distintos a los señalados por el demandante, debe entrar a estudiarlos, aun cuando el actor no los haya considerado[1]. Por ello, y aunque el actor no incluyó entre los cargos la eventual violación de la reserva de ley estatutaria, debe esta Corporación analizar este aspecto. En efecto, las normas acusadas consagran una excepción a la elección popular de alcaldes, pues el Legislador considera que ante la vacancia absoluta de la autoridad, cuando hubiesen transcurrido más de 24 meses de su período

1 Al respecto ver, entre otras, la sentencia C-531/95, Fundamento Jurídico No 2°.

constitucional, el Presidente o los gobernadores competentes deberán nombrar a un alcalde provisional para que ejerza la función por el resto del período, pues esas elecciones deben coincidir con la de gobernadores, diputados y concejales cuyo período se inicia el 1° de enero siguiente a la fecha de la elección. Las disposiciones impugnadas establecen entonces ciertas reglas relacionadas con la elección democrática o designación de la primera autoridad municipal. Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el numeral c) del artículo 152 de la Constitución, la materia referente a "funciones electorales" debe aprobarse a través de ley estatutaria. Por ello, debe la Corte estudiar si la regulación de la época de elección, la designación de alcaldes ante la vacancia absoluta de los elegidos popularmente, y el señalamiento de la fecha de posesión de esas autoridades, son temas propios del concepto de función electoral, que están entonces sometidos a la reserva de ley estatutaria, o si por el contrario son materias que pueden regularse a través de una ley ordinaria, como lo es la Ley 136 de 1994.

3- Con todo, se podría sostener que no corresponde a la Corte efectuar ese examen, por cuanto la Ley 136 de 1994 fue promulgada el 2° de junio de ese año, y la presente demanda fue presentada el 1° de abril de 1997, por lo cual ya habría caducado el término para presentar acciones contra esa ley por vicios de forma (CP art. 242 ord. 3°). La Corte considera sin embargo que esa objeción no es de recibo, por cuanto la violación de la reserva de ley estatutaria es un vicio de competencia y no de forma, aspecto en el cual son plenamente aplicables, *mutatis mutandis*, los criterios establecidos por esta Corporación cuando señaló que el desconocimiento de la regla de unidad de materia y de la reserva de ley orgánica son vicios materiales que no caducan[2].

Así, se viola la reserva de ley estatutaria cuando el Congreso regula por medio de una ley ordinaria un contenido normativo que la Constitución ha reservado a las leyes estatutarias. Se trata pues, en apariencia, de una impugnación exclusivamente por vicios de forma, ya que parece referirse al puro procedimiento legislativo, esto es al trámite de aprobación y perfeccionamiento de las leyes, pues la violación de la Constitución no ocurre porque el contenido particular de un determinado artículo desconoce mandatos materiales de la Carta, o ha sido expedido por una autoridad a quien no corresponde hacerlo, sino únicamente porque fue incluido en una ley ordinaria y no en una ley estatutaria. Ahora bien, la diferencia entre una ley ordinaria y una ley estatutaria parece ser puramente de trámite pues ambas normas son expedidas por el mismo órgano constitucional: el Congreso. Por consiguiente, si ese mismo contenido es aprobado por medio del trámite de ley estatutaria, puede ser exequible, lo cual parece confirmar que estamos en presencia de un vicio formal que caduca.

Sin embargo, un análisis más detenido muestra que el desconocimiento de la reserva de ley estatutaria no constituye un vicio puramente formal, puesto que tiene que ver con el contenido material de la norma acusada. Así, una ley ordinaria puede haber surtido un trámite intachable, por haber sido aprobadas todas sus disposiciones conforme al procedimiento establecido por la Constitución y el Reglamento del Congreso. Esa ley ordinaria es pues formalmente inatacable; sin embargo, algunos de sus artículos pueden ser declarados

---

2Sentencia C-531/95. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia C-600A/95. MP: Dr Alejandro Martínez Caballero.

inexequibles por violar la reserva de ley estatutaria, si su contenido normativo es de aquellos que la Constitución ha ordenado que se tramiten por medio de esas leyes de especial jerarquía que son las leyes estatutarias. Y sin embargo, se repite, la ley ordinaria es formalmente inatacable, pues se surtió de manera regular todo el proceso de aprobación, sanción y promulgación. Esto significa entonces que el vicio de inconstitucionalidad de esos artículos, por desconocer la reserva de ley estatutaria, o de ley orgánica, o la regla de unidad de materia, no puede ser formal pues la forma no ha sido cuestionada. El vicio deriva entonces de que el Congreso no tenía competencia para verter esos contenidos normativos en esa forma particular, esto es, en esa ley específica, y por ello son inconstitucionales, a pesar de que el trámite formal de la ley fue ajustado a la Constitución.

La violación de la reserva de ley estatutaria no configura entonces un vicio de forma sino una falta de competencia, puesto que el Congreso no puede tramitar y aprobar por medio del procedimiento y la forma de la ley ordinaria ciertas materias que la Constitución ha reservado al trámite y a la forma más exigentes de la ley estatutaria. En efecto, lo propio de un vicio formal es que la autoridad -en este caso el Congreso- está facultada para desarrollar ciertas regulaciones por medio de una determinada forma, y al utilizar esa forma incurre en irregularidades de trámite. En cambio, la vulneración de la reserva de ley estatutaria es una situación totalmente diferente, pues en esos casos el problema no está en la forma -que puede ser perfecta- sino en el hecho de que el Congreso está incorporando en una forma -la ley ordinaria- ciertos contenidos que la Constitución ha reservado para otra forma -la ley estatutaria-. Esto configura un verdadero vicio material de competencia pues, como ya lo ha dicho esta Corporación, la competencia es el "presupuesto esencial que da, al funcionario o a la Corporación, legitimidad para acceder a la forma[3]". Ahora bien, la violación de la reserva de ley estatutaria implica precisamente que el Congreso no tiene la autorización constitucional -esto es, carece de competencia y de legitimidad- para utilizar la forma de la ley ordinaria para materias que la Carta ha atribuido a la forma de la ley estatutaria. Estamos pues en presencia de un vicio de competencia que, como esta Corporación ya lo ha señalado en anteriores decisiones, no es de forma sino material.[4].

4- De otro lado, la violación de la reserva de ley estatutaria se proyecta más allá del proceso legislativo, pues afecta la jerarquía misma de las diversas normas que integran el ordenamiento jurídico. En efecto, la Constitución atribuye una particular fuerza normativa a la legislación estatutaria, cuyos mandatos no pueden ser desconocidos por una ley ordinaria. Además, el establecimiento de una mayoría más exigente para la aprobación y modificación de las leyes estatutarias, así como su revisión por la Corte, no son un capricho del Constituyente sino que tocan con valores constitucionales trascendentales, como el respeto a los derechos fundamentales y la protección de las minorías, por lo cual el Constituyente ha querido que esos contenidos normativos, que considera particularmente importantes, no estén sujetos a la mayoría simple sino a una mayoría reforzada, con lo cual se busca conferir una mayor estabilidad a la regulación de esas materias. Por ello, si la Corte admitiera que la violación de la reserva de ley estatutaria es un vicio de forma que caduca, entonces

---

3Sentencia C-546/93. MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

4 Sentencia C-546/93. MP: Dr. Carlos Gaviria Díaz, reiterado en la sentencia C-531/95

estaría permitiendo que el paso del tiempo afecte el carácter reforzado de estas leyes especiales, esto es su particular jerarquía y su vocación de permanencia y estabilidad. De esa manera quedarían sujetos al principio de mayoría simple temas que el Constituyente expresamente quiso sustraer de esa dinámica.

Todo lo anterior muestra que la acción contra una ley ordinaria por haber violado la reserva de ley estatutaria no es un vicio de forma, y por ende la acción por tal razón no caduca. Debe entonces la Corte entrar a estudiar si efectivamente las normas impugnadas desconocieron esa reserva.

El alcance de la reserva de ley estatutaria en materia electoral y las normas impugnadas.

5. Esta Corporación tuvo ya la oportunidad de pronunciarse ampliamente sobre el contenido de la ley estatutaria electoral[5]. Según la Corte "las funciones electorales son la expresión orgánica del principio democrático" puesto que constituyen los medios gracias a los cuales "la sociedad democrática se autogobierna". Esto explica que la reserva estatutaria sea en este caso amplia, ya que implica la necesidad de una regulación exhaustiva del tema, pues lo contrario no sólo vacía el contenido del numeral c) del artículo 152 de la Carta, en la medida en que "las funciones electorales se disolverían en los mecanismos y derechos de participación", sino que desconocería la importancia constitucional del principio democrático, el cual se hace efectivo a través de reglas electorales para su funcionamiento. Esta amplitud de la reserva de ley estatutaria en materia de funciones electorales no es entonces caprichosa sino que -tal y como la Corte lo señaló en la citada sentencia- encuentra fundamento en el sentido mismo de las reglas electorales, las cuales son "los acuerdos esenciales que permiten que las sociedades resuelvan sus desacuerdos, con base en el juego del principio de mayoría y sin recurrir a la violencia". Por ello es lógico que las reglas electorales no estén ellas mismas sometidas al dominio de las mayorías simples ya que podrían "convertirse en instrumento de poder de estas mayorías y de exclusión de las minorías de la dinámica política", todo lo cual explica que la regulación del conjunto de las funciones electorales se encuentre envuelto de mayores garantías, como es la reserva de ley estatutaria. A partir de todo lo anterior, la Corte concluyó en esa sentencia al respecto:

> *"... a diferencia de lo que ocurre con los derechos fundamentales, en el caso de las funciones electorales,* ***la ley estatutaria debe regular no sólo los elementos esenciales de las mismas sino todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de tales funciones por los ciudadanos, lo cual incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o registro de votantes, la organización de las tarjetas electorales o de los sistemas de escrutinio****, etc. Por su propia naturaleza, la ley estatutaria de funciones electorales es entonces de contenido detallado. Esto no*

5 Ver la sentencia C-145 de 1994 . M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 3.

impide que de manera excepcional ciertas materias electorales puedan ser reguladas mediante leyes ordinarias. Así, hay disposiciones que corresponden a aspectos puramente operativos para facilitar la realización de una elección concreta y guardan conexidad con el tema electoral sin ser en sí mismas funciones electorales , como la autorización de una apropiación presupuestal para financiar unas elecciones determinadas. Tales materias pueden ser reguladas mediante leyes ordinarias y no requieren del trámite de una ley estatutaria (subrayas no originales)."

Conforme a todo lo anterior, son materias propias de reserva estatutaria todas aquellas regulaciones permanentes de las funciones electorales, por lo cual sólo pueden ser desarrollados por medio de leyes ordinarias aquellos aspectos puramente operativos para facilitar una elección concreta.

6. Así las cosas, la Corte encuentra que la fecha de iniciación del período del alcalde electo y la unificación del momento de las elecciones del alcalde y los miembros de las corporaciones públicas territoriales no son temas únicamente operativos en la función electoral, puesto que la periodicidad y las exigencias cronológicas del proceso electoral son aspectos básicos que determinan el sistema político y el gobierno democrático. Se trata pues de materias que deben ser reguladas a través de ley estatutaria, por ser una reglamentación permanente de las funciones electorales. Con mayor razón, se considera que el mecanismo de designación de los nuevos alcaldes, en los eventos de vacancia absoluta, es un asunto que debe definirse en la legislación estatutaria de funciones electorales, pues es un aspecto determinante en la dirección de los intereses locales. Por tales motivos la Corte Constitucional declarará inexequibles, por violación de la reserva de ley estatutaria, las disposiciones acusadas. En efecto, a pesar de que el actor demandó únicamente algunos apartes de estos artículos, esta Corporación procederá a retirar del ordenamiento la totalidad de las disposiciones, por estar ellas integralmente afectadas por este vicio de competencia.

Democracia participativa y nombramiento de alcaldes por el ejecutivo.

7. El actor impugnó las normas por razones de fondo y el Ministerio Público emprendió un estudio en el mismo sentido. Por tal razón, la Corte también analizará la constitucionalidad del contenido normativo de los artículos acusados, tal y como lo hizo en anterior ocasión cuando estudió la constitucionalidad de la Ley 84 de 1993. En efecto, la sentencia C-145 de 1994 no se limitó a determinar si las normas acusadas de esa ley habían desconocido la reserva de ley estatutaria de funciones electorales sino que procedió también a estudiar la constitucionalidad del contenido normativo de aquellos artículos que habían sido impugnados por razones de fondo. Y ello deriva de elementales razones de economía procesal, pues si la disposición acusada es también materialmente inexequible, no es razonable que la Corte no se pronuncie sobre este aspecto, pues su abstención podría sugerir que el único vicio de las normas acusadas fue la violación de la reserva de ley estatutaria, con lo cual se podría pensar que basta con corregir ese vicio en la formación del acto para que éste sea exequible. Sin embargo, como se verá en esta sentencia, esto no es cierto en el presente caso pues las disposiciones impugnadas son inconstitucionales también debido a su contenido normativo. Finalmente, en la presente ocasión, este examen material encuentra una justificación suplementaria pues, como bien lo señala uno de los conceptos allegados al

expediente, otras disposiciones legales reproducen parcialmente el contenido normativo de las regulaciones impugnadas, lo cual podría hacer necesaria una unidad normativa. Entra pues la Corte al examen material de los cargos formulados por el demandante.

8- Según el actor, las normas acusadas transgreden los principios democrático, de autonomía de las entidades territoriales y de elección directa de alcaldes, por cuanto la Constitución señala como única forma de designación de alcaldes la elección popular directa, lo cual explica que constitucionalmente no se exija la coincidencia forzosa de fechas en la elección de las primeras autoridades municipales. En cambio, el Ministerio Público considera que la forma como está instituida la designación de alcaldes en las normas acusadas no afecta el principio de soberanía popular, pues se respeta la voluntad ciudadana que escogió no sólo un alcalde sino un programa a desarrollar. En estas circunstancias, la Corte encuentra que la demanda centra sus reproches en la designación de alcaldes por el ejecutivo, por considerar que viola el mandato constitucional según el cual los alcaldes son elegidos popularmente por un período de tres años, por lo cual no puede haber, según el actor, una forzosa homogeneización de la elección e iniciación del período de todos los alcaldes del país. Esta Corporación debe entonces precisar si, conforme a la Carta, la designación definitiva de alcaldes debe tener siempre origen popular.

9- En dos pronunciamientos anteriores, la Corte Constitucional se ha referido a la conducta a seguir ante la vacancia absoluta de alcaldías y gobernaciones derivadas ya sea de la revocatoria del mandato[6] o ya sea de la destitución de su titular[7]. En ambos casos, esta Corporación consideró que, conforme a la filosofía que inspira la Constitución de 1991 que propende por mayores espacios de participación ciudadana, los cuales principalmente se reflejan en los principios de autonomía de las entidades territoriales (art. 1°) y de elección popular directa de las primeras autoridades locales (art. 260), quien reemplace al alcalde, en las dos circunstancias, debe ser designado a través de nuevas elecciones populares, independientemente del tiempo transcurrido en el ejercicio del cargo, y que el nuevo mandatario tiene un período de tres años, tal y como lo establece la Carta (CP art. 314). Una pregunta obvia surge: de acuerdo con los preceptos constitucionales, ¿la terminación de la representación por destitución del alcalde o por revocatoria del mandato son casos esencialmente diferentes de otras situaciones que originan igualmente la vacancia absoluta del cargo? Dicho de otra manera, la finalización de la representación por la muerte, la renuncia, la incapacidad médica permanente u otras eventualidades que representen la vacancia absoluta del cargo de alcalde ¿justifican una decisión de la Corte Constitucional diferente a las anteriores o, por el contrario, debe esta Corporación mantener su línea jurisprudencial?

10- Conforme a los argumentos desarrollados por la Procuraduría, podría sostenerse que los casos son distintos y que, por ende, la decisión de la Corte no tiene por qué ser igual. Conforme a este razonamiento, la revocatoria y la destitución implican un cuestionamiento a la persona misma del alcalde, por lo cual se justifica una nueva elección. En

---

6 Sentencia C-011 de 1994 M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero
7 Sentencia C-586 de 1995 M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cambio, en las otras hipótesis, en la medida en que la vacancia absoluta del cargo no deriva de una impugnación al alcalde, la designación de un sustituto por parte del gobernador o el Presidente, según el caso, es razonable. Este nombramiento no sólo conserva el núcleo del mandato popular -pues el nuevo alcalde debe ser del mismo grupo político y conservar el programa de gobierno- sino que se justifica como medio para lograr una mayor coherencia y armonía entre las distintas entidades territoriales, en especial en los procesos de planeación. Sin embargo, para la Corte esta interpretación no es de recibo, pues no sólo desconoce el alcance de los precedentes jurisprudenciales en este campo sino que, además, vulnera mandatos constitucionales relativos a la elección popular de los alcaldes (CP arts 259, 260 y 314) y es contraria a principios constitucionales fundamentales, como la soberanía popular y la naturaleza participativa de nuestra democracia (CP arts 1° y 3°).

11- En primer lugar, el artículo 260 señala que los ciudadanos eligen en forma directa a los alcaldes y gobernadores. Por su parte el artículo 314 establece que en cada municipio habrá un alcalde "elegido popularmente para períodos de tres años". Una interpretación armónica de estas dos disposiciones muestra que la Carta establece una regla precisa sobre la forma de designación de los alcaldes, ya que en todos los casos estos funcionarios deben ser electos popularmente para períodos de tres años. Por ende, sólo pueden acceder a ese cargo público los candidatos que los electores hayan elegido como sus representantes, de tal manera que siempre debe mantenerse la relación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación del candidato. En estas circunstancias, se observa claramente que la Constitución le reservó a la voluntad popular la posibilidad de tomar decisiones fundamentales, tales como la elección de la primera autoridad local para un período de tres años.

Esta regla, y no las razones por las cuales puede ocurrir la vacancia del cargo, fue el fundamento de las decisiones anteriores de la Corte sobre esta materia. Así, en la sentencia C-586 de 1995, la Corte, basándose en el precedente establecido en la sentencia C-011 de 1994, claramente señaló "que en caso de vacancia absoluta del cargo de Gobernador o Alcalde, siempre deberá convocarse a nuevas elecciones" (Fundamento Jurídico No 11). Por ende, la interpretación de la Vista Fiscal contradice estos claros mandatos constitucionales y desconoce los precedentes establecidos por esta Corporación.

12- Por tales razones, no es tampoco admisible el argumento de la Procuraduría según el cual la elección ciudadana es ante todo una escogencia entre programas, por lo cual es indiferente quien ocupe el cargo, siempre y cuando se comprometa a cumplir el plan de gobierno. En efecto, la Constitución es clara en señalar que en las elecciones locales los votantes no sólo escogen un proyecto político (CP art. 259) sino que, además, eligen a un determinado funcionario encargado de llevarlo a cabo (CP art. 260 y 365). Por ende, si bien la democracia participativa confiere un valor fundamental a la selección de una opción programática, la escogencia de la persona que debe ejecutar los objetivos y proyectos escogidos no es secundaria o indiferente, pues los aspectos subjetivos que rodean a la figura del alcalde son en muchas ocasiones el factor decisivo de la elección de los ciudadanos. Por ello la Carta no sólo reconoce sino que protege la importancia que juegan las condiciones personales de los candidatos en las opciones de los votantes. No otro

puede ser el sentido del mandato del artículo 258 de la Constitución, según el cual la organización electoral tiene la obligación de suministrar a los votantes los instrumentos necesarios para que identifiquen con claridad y en igualdad de condiciones a todos los candidatos. Por consiguiente, es indiscutible que existe una conexidad necesaria entre la representación política y la elección popular de uno u otro candidato, de modo que solamente pueden ser considerados representantes aquellos titulares de cargos públicos cuya designación resulta directamente de la elección popular.

13- Finalmente, a todo lo anterior hay que agregar la importancia del principio de soberanía popular, que en forma expresa consagran el preámbulo y el artículo 3° de la Constitución, y que exige que el operador jurídico interprete las normas jurídicas de tal manera que se potencia el respeto a la voluntad popular, la cual se encuentra en íntima conexión con el sistema jurídico que la hace efectiva. Así mismo, el principio democrático (C.P. Preámbulo, art. 1°) reclama el establecimiento de reglas sobre la formación de la voluntad que afiancen la interacción entre el Estado y la sociedad a través de la participación de los ciudadanos en la organización política y económica del país. (C.P. art. 1°, 2°, 40, 103). En ese orden de ideas, la interpretación constitucional debe maximizar estos principios constitucionales, de tal suerte que siempre se debe preferir aquella hermenéutica que mejor permita la realización de la democracia y el desarrollo de la participación política, como formas efectivas de ejercer la soberanía popular. Por ello esta Corporación ya había señalado que "la interpretación constitucional encuentra en el principio democrático una pauta inapreciable para resolver dudas o colmar lagunas que puedan surgir al examinar o aplicar un precepto. En efecto, a la luz de la Constitución la interpretación que ha de primar será siempre la que realice más cabalmente el principio democrático, ya sea exigiendo el respeto a un mínimo de democracia o bien extendiendo su imperio a un nuevo ámbito[8]. En ese orden de ideas, la interpretación de la Vista Fiscal es inaceptable pues lejos de potenciar el principio democrático y la realización de la soberanía popular, tiende a erosionar la fuerza de estas normas, al admitir que la ley sustituya la elección popular de los alcaldes por su designación por el Presidente o por el gobernador.

14- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que en todos los casos de vacancia absoluta, los alcaldes deben ser elegidos por voto popular, no sólo como consecuencia de las claras reglas establecidas por los artículos 260 y 365 de la Carta sino también como lógica expresión de la soberanía popular y la democracia participativa, principios constitutivos de nuestro ordenamiento constitucional (CP arts 1° y 3°). El Legislador desconoció entonces el derecho de los ciudadanos a participar en las decisiones que los afectan y a gobernarse por autoridades propias (C.P. art. 287 inciso 1°). Además, al otorgar al Presidente de la República o a los gobernadores la facultad de nombrar en propiedad a la primera autoridad municipal, la norma legal establece una sujeción jerárquica de los alcaldes al ejecutivo central, que no está autorizada en nuestro ordenamiento constitucional y que vulnera el contenido esencial de las autonomía de las entidades territoriales (CP art. 1°).

---

8 Sentencia C-089/94. MP: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 1.4

15- Con todo, podría considerarse que las anteriores conclusiones no son válidas, por cuanto el artículo 293 defiere a la ley la regulación de la fecha de posesión, las faltas absolutas y temporales, así como la forma de llenar las vacantes de quienes resulten elegidos para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. Según esta interpretación, esta norma constitucional autoriza a la ley a establecer la forma de llenar las vacancias absolutas de los alcaldes, por lo cual bien podía la disposición impugnada señalar que si la falta absoluta se produce después de transcurridos veinticuatro meses del período, el Presidente de la República o el gobernador respectivo, según sus competencias designará el alcalde para el resto del período. Sin embargo, esta hemernéutica no es admisible, por cuanto expresamente el artículo 293 confiere esa competencia a la ley, pero claramente establece que esa atribución se efectúa "sin perjuicio de lo establecido en la Constitución". Y es obvio que así sea, pues la Constitución es norma de normas en nuestro ordenamiento (CP art. 4°). Por consiguiente, la ley debe regular estos temas pero sin desconocer los mandatos constitucionales, por lo cual no puede la ley alterar el origen de los alcaldes, que es por elección popular, ni su período, que es de tres años. La Corte reitera entonces su jurisprudencia sobre la necesidad de convocar a nuevas elecciones en caso de vacancia definitiva al cargo de alcalde, por lo que también se declarará la inexequibilidad, por razones materiales, de los apartes acusados del artículo 107 de la Ley 136 de 1994.

16- Como es obvio, estas consideraciones no significan que, con el fin de evitar vacíos de autoridad, la ley no pueda regular nombramientos provisionales de los alcaldes, mientras se adelantan todos los pasos necesarios para realizar la nueva elección del mandatario local. En este caso encuentra plena aplicación el citado artículo 293 superior, puesto que la Constitución no establece una regla específica sobre la forma de llenar temporalmente las vacancias absolutas. Por ello esta Corporación ya había mostrado la diferencia entre los nombramientos provisionales en estos casos, cuya regulación corresponde a la ley (CP art. 293), y la designación en propiedad, que constitucionalmente sólo puede tener origen popular (CP arts 260 y 314). Dijo entonces la Corte:

> *Cosa distinta es que estos funcionarios puedan ser nombrados interinamente por el presidente de la República, o por el respectivo gobernador, según el caso, en los términos del artículo 14 del proyecto. Es claro que se trata con ello de evitar el vacío de poder que pudiera presentarse en el respectivo departamento o municipio, una vez producida la falta del mandatario, y mientras se procede a la elección de quien haya de reemplazarlo, con los traumatismos que de tal situación lógicamente se derivarían. Pero de ahí a facultar al Presidente de la República, o a los gobernadores, para designar en propiedad, hasta el término del período, a gobernadores o alcaldes, hay una gran distancia. Con el cambio de régimen que en esta materia se produjo primero en la Reforma constitucional de 1986, y luego en la nueva Constitución, lo que se ha querido es que la provisión de los cargos de alcalde o de gobernador por nombramiento por parte de una autoridad ejecutiva de mayor jerarquía, sea tan solo un hecho excepcional*[9].

9 Sentencia C-011 de 1994. 0

Por consiguiente, los nombramientos en interinidad que efectúe el Presidente de la República o los gobernadores respectivos son admisibles pero tendrán vocación estrictamente temporal, pues su realización sólo se justifica por la necesidad de garantizar el cumplimiento oportuno de las tareas constitucional y legalmente encomendadas a la primera autoridad municipal, mientras se elige, en la forma establecida en la Carta, al nuevo alcalde.

Fecha de elección de autoridades locales y de iniciación de labores.

17. Como consecuencia lógica de la inconstitucionalidad del artículo 107 de la Ley 136 de 1994, la Corte concluye que las fechas de elección e iniciación del período de alcaldes no deben coincidir imperativamente con los comicios electorales de otras autoridades locales y el comienzo de sus períodos pues, como ya se manifestó en la sentencia C-011 de 1994, en la Constitución nada impide que el período de alcaldes y gobernadores sea individual. En ese pronunciamiento esta Corporación señaló:

Observa la Corte que la Constitución Política no señala una fecha oficial para la iniciación del período de los alcaldes o gobernadores. Tampoco advierte ella que el período de todos estos funcionarios tengan que ser, forzosamente, coincidente, como sí lo hace en cambio, por ejemplo, con el del Contralor General de la República, el cual, al tenor del artículo 267, debe coincidir con el del presidente, y, obviamente con el de los congresistas, que es de cuatro años y comienza el 20 de julio siguiente a su elección (Art. 132 de la C.P.); de igual manera resulta lógico que lo sea, también, el de los diputados a las Asambleas Departamentales, el de los concejales municipales o el de los ediles de las juntas administradoras locales, puesto que se trata de cuerpos colegiados para los cuales en nuestro ordenamiento constitucional no está prevista su renovación parcial en términos intermedios, como ocurre en otros países. En cambio, los de los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado de ocho (8) años, son individuales (Arts. 233 y 239 de la C.P.), esto es, que de producirse una falta definitiva en cualquiera de estas corporaciones, el período del magistrado elegido para llenarlas será igualmente de ocho años, contados a partir del momento de su posesión.

(...)

Es evidente que ni las disposiciones antes citadas, ni ninguna otra constitucional, faculta al legislador para determinar que los períodos de los gobernadores o de los alcaldes deban ser forzosamente coincidentes, y no puedan ser, por ende, individuales. La facultad de reglamentar su elección, en el caso de los gobernadores (Art. 303), no puede entenderse que se extienda hasta la de determinar que los períodos constitucionales de éstos deban comenzar y terminar al mismo tiempo. En el caso de producirse la revocación del mandato de uno cualquiera de estos funcionarios, como es lógico su respectivo período constitucional cesa en forma automática. Por consiguiente, al producirse la elección popular de quien haya de sucederlo en el cargo, cualquiera que sea la fecha en que ello ocurra, el período constitucional del nuevo mandatario, comenzará a contarse a partir de la fecha

de su posesión, y este período deberá ser el mismo de aquél cuyo mandato fue revocado, es decir, de tres (3) años.

Ahora bien, el artículo 1° de la Ley 163 de 1994[10] o ley estatutaria en materia electoral señala que "las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales se realizarán el último domingo del mes de octubre". La Corte entiende que, como regla general en materia de elecciones, esta norma es razonable y no contradice ningún precepto constitucional, por lo cual puede ser considerada un desarrollo del artículo 293 de la Carta, que atribuye a la ley la regulación de estos temas. Sin embargo, en circunstancias especiales de vacancia absoluta del cargo, por revocatoria del mandato, por destitución, por muerte, renuncia o cualquier situación en que definitivamente la alcaldía deja de tener un titular elegido popularmente, debe iniciarse el proceso electoral para la proclamación del electo representante de la voluntad popular, elección que, como es obvio, puede no ser adelantada en la fecha prevista por esa norma. Es pues necesario tener en cuenta tal precisión para que ese contenido normativa se ajuste a la Carta. En efecto, conviene recordar que si bien el Legislador estatutario es libre de determinar las fechas de elección individual y la iniciación del período de alcaldes en los casos a que se ha referido esta sentencia, estas regulaciones deben sujetarse a los límites prescritos por la Constitución. Por consiguiente, no puede la ley desconocer el período de tres años fijado constitucionalmente para los alcaldes (CP art. 314), ni olvidar que no es posible elegir en la misma fecha a autoridades locales y miembros del Congreso, ni que la elección de Presidente y Vicepresidente no puede coincidir con ninguna otra elección (CP art. 260).

Principio democrático, coherencia administrativa, planificación y período de los alcaldes.

18- Con todo, podría sostenerse que la anterior argumentación no es válida, por cuanto debe existir una coherencia administrativa, en especial en los procesos presupuestales y de planeación, que justifica la constitucionalidad de la norma acusada. Según esta tesis, defendida por la Vista Fiscal, la coincidencia del período de alcaldes es necesaria para permitir una aprobación concertada entre los planes locales y los nacionales. Habría entonces, según esta interpretación, argumentos de coherencia y eficacia administrativa que justifican que después de dos años, las faltas absolutas de los alcaldes sean llenadas por nombramiento a fin de completar el período. La Corte considera que este argumento no es de recibo, por las siguientes razones.

En primer término, esta hermenéutica altera la relación que debe existir entre los principios y reglas constitucionales y el manejo administrativo del Estado, ya que esta tesis subordina el alcance del principio democrático a ciertas exigencias administrativas, mientras que la Constitución exige todo lo contrario, esto es, que la administración se sujete a los principios y valores constitucionales, y en especial a la soberanía popular y a la democracia participativa (CP arts 1° y 3°). En efecto, desde sus primeras decisiones, la Corte ha aclarado que la "Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la

10 Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-353 de 1994. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía

misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma". Por ello, ha señalado esta Corporación, "no es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"[11]. En ese orden de ideas, si la Constitución ordena la elección popular de los alcaldes por un período de tres años y, además, confiere un carácter participativo a los procesos de planificación, mal podrían invocarse las necesidades de la planificación para erosionar el principio democrático de elección popular de los alcaldes.

20- En segundo término, la Corte encuentra que las normas constitucionales no exigen una coincidencia forzosa de los períodos de alcaldes con los procesos nacionales de planificación, pues debe observarse que la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo tiene efectos en el cuatrenio presidencial (C.P. art. 190), mientras que el período de los alcaldes es de tres años improrrogables (C.P. art. 314). Por ello los alcaldes, incluso aquellos que tienen períodos coincidentes, no siempre pueden concertar los lineamientos del plan nacional de desarrollo con el Gobierno sino que, sin menoscabo de su autonomía, deben ajustarse a los marcos establecidos por las autoridades centrales, ya sea porque al momento de posesionarse se encontraba vigente el Plan Nacional, o ya sea porque en el curso de su período se aprueba un nuevo Plan de Desarrollo Nacional, al cual debe ajustarse la acción local, pues existe una supremacía de la planeación nacional. Esto explica que el artículo 45 de la Ley 152 de 1994 o ley orgánica del plan de desarrollo señale que "si durante la vigencia del plan de las entidades territoriales se establecen nuevos planes en las entidades del nivel más amplio, el respectivo mandatario podrá presentar para aprobación de la Asamblea o del Concejo, ajustes a su Plan Plurianual de inversiones para hacerlo consistente con aquellos". Así pues se evidencia que el diseño y la organización de la gestión administrativa local no es totalmente libre, toda vez que se imponen los lineamientos político administrativos propios de una República unitaria (C.P. art. 1º) con autonomía de las entidades territoriales dentro de los límites de la Constitución y la Ley (C.P. art. 287), por lo cual se deja en manos de las autoridades nacionales la definición de la política económica general (C.P. art. 303 y 315) .

No debe entonces confundirse la democratización de la planeación de la acción del Estado con la elección de las primeras autoridades locales, pues la participación democrática en el sistema de definición de la gestión administrativa se garantiza en normas constitucionales y legales que regulan tanto la integración del Consejo Nacional de Planeación como el proceso de ejecución, fiscalización y evaluación del plan, mientras que la materialización de las metas del elegido se plasman, a nivel local, en el proceso de concertación política entre el alcalde y el concejo municipal respectivo.[12]

21- Por todo lo anterior, la Corte considera que la búsqueda de coherencia administrativa no es un argumento constitucional suficiente para desconocer una regla constitucional expresa, como aquella que señala que el alcalde "será elegido popularmente para períodos

---

11 Sentencia T-406/92. MP: Dr Ciro Angarita Barón. Fundamento Jurídico No 7.

12 Sobre el proceso de aprobación interno del plan de desarrollo local, pueden consultarse las sentencias C-152 de 1995. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz y C-538 de 1995. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz.

de tres años" (CP art. 314). Esto no significa que los problemas prácticos y el intento por armonizar las tareas de planificación y los procesos presupuestales no tengan ninguna relevancia constitucional, pues esta Corte ha reconocido que las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente; sin embargo, esta misma Corporación tiene bien establecido que, a fin de asegurar la naturaleza judicial del control constitucional, estos efectos prácticos no pueden llegar hasta el punto de distorsionar la objetividad del derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que pueda tener una resolución judicial[13]. Por ello, la Corte considera que esas consideraciones fácticas pueden constituir un argumento constitucional suficiente para interpretar el alcance del artículo 314 de la Carta en forma distinta a su tenor literal únicamente si el impacto práctico de la existencia de períodos individuales de los alcaldes es de tal magnitud que compromete otros valores y principios constitucionales. Ello sucedería, por ejemplo, si esos períodos individualizados constituyeran obstáculos insalvables a los procesos presupuestales o a la planificación, o generaran tales costos que hicieran imposible la realización misma de las elecciones, ya que en tales eventos se estarían sacrificando otros principios y normas constitucionales debido a un entendimiento puramente literal de una determinada disposición. Sin embargo ello no ocurre en este caso, pues si bien la existencia de períodos no coincidentes en las alcaldías de ciertos municipios puede ocasionar algunos traumatismos administrativos y mayores necesidades de coordinación entre las distintas entidades territoriales, se trata de dificultades que no son insalvables, como lo muestran las pruebas reunidas por la Corporación en esta materia. Así, las elecciones pueden tener mayores costos pero son realizables; igualmente los nuevos alcaldes pueden ajustar, obviamente con algunas limitaciones, los presupuestos y planes locales al programa por el cual resultaron electos.

Conforme a lo anterior, la Corte reitera su jurisprudencia, según el cual el período constitucional de los alcaldes electos es en todos los casos de tres años, tal y como lo preceptúa inequívocamente el artículo 314 de la Carta. Por ende, los apartes impugnados por el actor del artículo 107 de la Ley 136 de 1994 son materialmente inexequibles, y la fijación de fechas por parte de la ley en las elecciones locales es legítima, siempre y cuando se entienda que ella es una regla general, pero que no implica una coincidencia forzosa de las elecciones y fechas de posesión de todos los alcaldes del país

Unidad normativa.

22- Según el artículo 6° del decreto 2067 de 1991, la Corte debe efectuar la unidad normativa cuando ella es necesaria para evitar que el fallo sea inocuo, lo cual ocurre en particular cuando el contenido normativo de la norma que será retirada del ordenamiento se encuentra reproducido en otras disposiciones, que deben entonces también ser declaradas inexequibles. Esto sucede en el presente caso, pues los artículos 51 y 52 de la Ley 241 de 1995 establecen casos en los cuales la vacancia absoluta de una alcaldía es llenada por nombramiento del gobernador o el Presidente, y no por elección popular, tal y como lo ordena

13 Ver, entre otras, las sentencias C-221 de 1997, Fundamentos Jurídicos No 22 y ss, y C-320 de 1997, Fundamentos Jurídicos No 15 y ss.

la Carta. Dicen las citadas disposiciones:

Artículo 51. El artículo 112 de la Ley 104 de 1993 quedará así:

"En caso de destitución de los gobernadores o alcaldes, el Presidente o el gobernador, según el caso, convocará a nueva elección dentro de los dos (2) meses siguientes, siempre y cuando no haya transcurrido mas de la mitad del período y las condiciones de orden público lo permitan. Mientras tanto el Presidente y los gobernadores según el caso, podrán encargar de las gobernaciones o alcaldías en la forma prevista en el artículo 111 de esta ley.

Cuando de acuerdo con el inciso anterior no deba convocarse a elecciones, se encargará por el resto del período en la forma prevista en el articulo 114."

Artículo 52. El artículo 114 de la Ley 104 de 1993 quedará así:

"En caso de que un gobernador o alcalde renuncie como resultado de amenazas, intimidación o presión de grupos subversivos, de milicias populares rurales o urbanas, de las llamadas autodefensas terroristas o de organizaciones delincuenciales, o sea secuestrado o haya perdido su vida por causa de las mismas y así lo verifique la Fiscalía General de la Nación, el Presidente de la República podrá nombrar libremente su reemplazo."

La Corte considera que es necesario efectuar unidad normativa y retirar del ordenamiento estas dos disposiciones. De un lado, se trata de artículos que, haciendo parte de una ley ordinaria, entran a regular en forma permanente funciones electorales, con lo cual están desconociendo la reserva de ley estatutaria en esta materia (CP art. 152). Y, de otro lado, estas normas permiten al Presidente o a los gobernadores nombrar en propiedad a los alcaldes, en determinados casos de vacancia absoluta, con lo cual, por las razones largamente expuestas en esta sentencia, su contenido normativo viola la Carta. Sin embargo, la Corte reitera que, como ya se señaló en el fundamento jurídico 16 de esta sentencia, la ley puede perfectamente establecer, con el fin de evitar vacíos de autoridad, nombramientos interinos de alcaldes por parte del Presidente o de los gobernadores, mientras se toman los pasos necesarios para la realización de la elección respectiva. Por consiguiente, en aquellos casos en que sea imposible la realización de las elecciones, por ejemplo por graves problemas de orden público, no se viola la Carta si se prevén nombramientos transitorios de alcaldes por el gobernador o el Presidente, mientras se superan esas condiciones de anormalidad. La razón por la cual el artículo 52 de la Ley 241 de 1995 desconoce la Constitución es por cuanto esa norma permite un nombramiento en propiedad del alcalde por parte del Presidente, con lo cual se vulnera la regla según la cual esos dignatarios locales son elegidos por voto popular.

23- Por las razones anteriores, la Corte también considera necesario condicionar el alcance del artículo 280 de la Ley 4 de 1913, el cual señala que "siempre que se haga una elección después de principiado un período, se entiende hecha para el resto del período en curso". En efecto, esta norma puede constituir una regla general razonable en los casos de

períodos institucionales, pero es obvio que es inconstitucional, y por ende no se aplica, a aquellos casos en que, conforme a la Constitución, se trata de un período subjetivo, tal y como sucede en el caso de los alcaldes.

Declaración de inexequibilidad y vacíos legales

24- La Corte no desconoce que la presente decisión de inexequibilidad puede tener algunas consecuencias jurídicas y prácticas negativas, por lo cual considera necesario efectuar algunas precisiones. Así, esta sentencia puede generar un aparente vacío normativo por cuanto son expulsadas del ordenamiento las disposiciones legales que establecían como llenar las vacancias absolutas del alcalde, por razones distintas a la revocatoria del mandato, pues para este último caso existen normas estatutarias que regulan el tema, a saber los artículos 13 y 14 de la Ley 131 de 1994 y 73 y 74 de la Ley 134 de 1994. La pregunta obvia que surge es entonces la siguiente: frente a este aparente vacío legal ¿cómo se llenan las vacancias absolutas de los alcaldes cuando éstas tienen otras causas?

Para responder a este interrogante, es necesario tener en cuenta que la Constitución es no sólo una norma con eficacia normativa propia sino que es la norma de normas (CP art. 4°). Ahora bien, la razón material de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 85 y 107 de la Ley 136 de 1994, así como de los artículos 51 y 52 de la Ley 241 de 1995, es que esas disposiciones violan la regla constitucional establecida por el artículo 314 de la Carta, según la cual los alcaldes son elegidos popularmente por un período de tres años. Por consiguiente, en este aspecto no existe ningún vacío normativo, pues la norma constitucional se aplica directamente, por lo cual es claro que la provisión en propiedad del cargo de alcalde sólo puede hacerse por elecciones y por un período de tres años. El problema se limita entonces a cómo llenar temporalmente esos vacíos mientras se convoca a nuevas elecciones, y cuál es el término para tal convocatoria, aspecto sobre el cual no existe una regla constitucional clara, pues el tema es deferido a la ley. ¿Cuál es entonces el procedimiento aplicable en estos eventos?

Para responder a este segundo interrogante, la Corte recuerda que, conforme a jurisprudencia reiterada, uno de los efectos de una declaratoria de inexequibilidad de una disposición es que se restauran *ipso jure,* siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento constitucional, las normas que habían sido derogadas por las disposiciones declaradas inconstitucionales en la sentencia[14]. Esto significa entonces que las normas precedentes a la las leyes 136 de 1994 y 241 de 1995 que regulaban el tema, a saber los artículos pertinentes de las leyes 78 de 1986 y 49 de 1987, reviven y son aplicables para llenar este vacío legal, obviamente en aquellos puntos en que su regulación se encuentre conforme a la Constitución, que es norma de normas (CP art. 4°). Finalmente, si subsisten vacíos de regulación, la Corte considera que, conforme a principios clásicos de integración normativa, éstos pueden ser llenados recurriendo a las disposiciones estatutarias que regulan la revocatoria del mandato, en especial a los artículos 13 y 14 de la Ley 131 de 1994 y 73 y 74 de

14 Ver, entre otras, las sentencias C-145 de 1994. Fundamento Jurídico No 5 y sentencia C-055 de 1996. Fundamento Jurídico No 7.

la Ley 134 de 1994, pues se trata de una situación semejante. No se trata obviamente de conferir competencias por medios analógicos, lo cual repugna al Estado de derecho (CP arts 1°, 6° y 121), sino de solucionar, recurriendo a los principios y reglas que rigen una situación semejante, un vacío de regulación relativo al procedimiento para llenar temporalmente las vacantes, mientras se convoca a las nuevas elecciones, por medio de las cuáles se determinará quien es el nuevo alcalde en propiedad.

Efectos de la sentencia.

25- En razón a la seguridad jurídica a la que debe propender todo fallo judicial, y en vista de que existen situaciones jurídicas consolidadas, la Corte Constitucional, en ejercicio de la facultad que tiene para fijar los efectos de sus sentencias, determinará que la presente decisión sólo surtirá efectos a partir de la notificación del fallo. En consecuencia, aquellos alcaldes que hayan sido elegidos popularmente, se entiende que lo fueron por los tres años establecidos por la Constitución, incluso si la elección fue anterior a la presente decisión. Y aquellos alcaldes que fueron nombrados en propiedad por el Presidente de la República o por los gobernadores ante la vacancia absoluta de la primera autoridad municipal, y en virtud de las normas declaradas inexequibles, se debe entender que se trata de un nombramiento provisional, por lo cual se deberá empezar a realizar las acciones necesarias para que se proceda a la elección popular del nuevo alcalde. Finalmente, la Corte precisa que en relación con los casos de vacancia absoluta de las alcaldía por causas de destitución o revocatoria, debe entenderse que existe cosa juzgada constitucional, pues el asunto ya había sido decidido por las sentencias C-011 de 1994 y C-586 de 1995, por lo cual los efectos deben entenderse a partir de esas decisiones.

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 **INEXEQUIBLES**, por las razones señaladas en esta sentencia, los artículos 85 y 107 de la Ley 136 de 1994, así como los artículos 51 y 52 de la Ley 241 de 1995.

Segundo: Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 280 de la Ley 4 de 1913, en el entendido de que es una regla general para los casos de períodos institucionales, pero que no se aplica a aquellos casos en que la Constitución establece un período individual para el respectivo servidor público.

Tercero.- Esta sentencia producirá efectos a partir del día siguiente de su notificación, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico 25 de la parte motiva.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado,

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO EN LA SENTENCIA No. C-448/97
septiembre 18 de 1997

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Vicio formal

No comparto la tesis de la Corte en el sentido de que la violación de las normas constitucionales que consagran la reserva de ley estatutaria para determinados temas configure un vicio material o sustancial del respectivo acto.A mi juicio, en tales eventos se desconocen disposiciones constitucionales todas las cuales aluden a aspectos de trámite legislativo, es decir, formales. Si, -como lo creo- que dicho vicio es apenas formal, bien podría el Congreso en el futuro, observando el trámite de ley estatutaria, establecer de nuevo el mismo contenido de la norma, sustancialmente ajustado a la Carta, sin desconocer la cosa juzgada constitucional.

RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Vicio formal

Referencia.: Expediente D-1655

Santa Fe de Bogotá, dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Aclaro mi voto en el siguiente sentido:

Como ya lo he expresado en otras oportunidades, no comparto la tesis de la Corte en el sentido de que la violación de las normas constitucionales que consagran la reserva de ley estatutaria para determinados temas configure un vicio material o sustancial del respectivo acto.

A mi juicio, en tales eventos se desconocen disposiciones constitucionales como las del artículo 153, todas las cuales aluden a aspectos de trámite legislativo, es decir, formales. Y, en consecuencia, resulta extraña la aseveración de que su inobservancia afecte el contenido mismo del cotejo que debe hacerse con la Constitución Política.

Obsérvese que podría encontrarse una norma totalmente ajustada a la Carta desde el punto de vista material, pero violatoria de ella en razón del trámite surtido, si requiriendo ley estatutaria se hubiese proferido por ley ordinaria.

En ese evento, al admitir la tesis de la mayoría, la declaración de inconstitucionalidad haría tránsito a cosa juzgada, en los términos del artículo 243 de la Constitución, de tal manera que ninguna autoridad podría reproducir el contenido material del acto declarado inexequible por razones de fondo mientras subsistan en la Carta las reglas del artículo 153. Y semejante consecuencia implicaría la exclusión definitiva de un contenido normativo que, en la hipótesis, se aviene a las prescripciones fundamentales, pero que se condena de modo tan grave e irreversible sólo por razones vinculadas al trámite seguido al expedirlo.

Si, por el contrario, se entendiera -como lo creo- que dicho vicio es apenas formal, bien podría el Congreso en el futuro, observando el trámite de ley estatutaria, establecer de nuevo el mismo contenido de la norma, sustancialmente ajustado a la Carta, sin desconocer la cosa juzgada constitucional.

No obstante todo lo dicho -y puesto que estas consideraciones ya están consignadas en salvamentos de voto anteriores-, acato la jurisprudencia reiterada de la Corte, con la esperanza de que en el futuro sea reconsiderada.

Como en este proceso el tema principalmente debatido no es el que aquí destaco, y comparto los criterios de fondo que la Corte hace valer en la Sentencia, me limito a depositar aclaración y no salvamento de voto.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

SENTENCIA No. C-456
septiembre 23 de 1997

HECHO PUNIBLE COMETIDO EN COMBATE
-Puede individualizarse responsabilidad

No es cierto que en un combate no pueda individualizarse la responsabilidad, ni que esa supuesta imposibilidad conduzca a la impunidad general consagrada por el artículo 127.Además, de acuerdo con la interpretación amplísima que hoy se da a la expresión "en combate", la impunidad consagrada por el citado artículo 127 comprendería aun los delitos cometidos por una sola persona o por varias en condición de autores o de cómplices: todos los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos quedan exentos de pena, no por supuestas dificultades en la investigación, sino porque sus autores se han declarado previamente autores del delito de rebelión o de sedición.

AMNISTIA-Concesión sólo por Congreso/**AMNISTIA**-Condiciones para concesión

Solamente el Congreso, de conformidad con el artículo 150, numeral 17, puede conceder amnistías o indultos generales.Pero la concesión de tales beneficios está sujeta a dos condiciones:La primera, el que existan, a juicio del Congreso, "graves motivos de conveniencia pública"; y,La segunda, que la ley correspondiente sea aprobada "por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara". Esta mayoría calificada hace parte de la competencia misma del Congreso, razón por la cual no podría éste conceder amnistías o indultos por las mayorías establecidas para las leyes ordinarias. Esta es, se repite, una ley extraordinaria y excepcional.

DELITO POLITICO EN CONSTITUCION VIGENTE/DELITO POLITICO-Trato favorable es excepcional

No puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurren en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta ésta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos.Cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos.Suelen considerarse delitos

políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos.En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución, es excepcional y está limitado por las propias normas de ésta que se refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva.

AMNISTIA GENERAL, ANTICIPADA E INTEMPORAL-Inconstitucionalidad

*Los artículos que se analizan consagran una **amnistía general, anticipada** e **intemporal**. Pero como la única manera de conceder amnistías e indultos generales es la establecida en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, es evidente la vulneración de esta norma.*

DELITOS EN COMBATE-Exclusión de pena/**REBELION**-Exclusión de pena/ **SEDICION**-Exclusión de pena/**DELITOS CONEXOS**

El artículo 2º de la Constitución consagra como uno de los fines esenciales del Estado el asegurar la "convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". Es contraria a la primera de estas dos finalidades una norma que permite la comisión de toda clase de delitos y asegura su impunidad, o mejor, que convierte el delito (todos los delitos) en arma política. Y no contribuye a la vigencia de un orden justo, la norma que impide que se investiguen los delitos y se castigue a los delincuentes. Las normas que se examinan establecen un privilegio inaceptable para quienes, por su propia voluntad, incurren en los delitos de rebelión o sedición: el violar impunemente todas las normas penales. Esa "causal de impunidad" es un privilegio injustificado en relación con todas las demás personas que respetan la Constitución y la ley y acatan las autoridades legítimas: así se desconoce la igualdad ante la ley. Si estas personas, ocasionalmente incurren en delito, sí están sujetas a pena, a diferencia de los rebeldes o sediciosos.Los artículos 127 y 184 quebrantan el artículo 22 de la Constitución, porque el que atenta contra la paz por medio de las armas, o por medio de la comisión de cualquier delito, no está sujeto a pena alguna.Violan los numerales 3, 6 y 7 del artículo 95 de la Constitución, por las siguientes razones:El 3, porque éste consagra el deber de "respetar y apoyar las autoridades democráticas legítimamente constituidas". Las normas objeto de estudio, autorizan la comisión de delitos de toda clase a los rebeldes y sediciosos que faltan, precisamente, a este deber.El 6, porque no contribuyen al logro y mantenimiento de la ley normas que establecen causales de impunidad para quienes incurren en rebelión o sedición y atentan, por lo mismo, contra la paz.El 7, porque impiden que se administre justicia y se castiguen los autores de innumerables delitos.Desconocen, además, el artículo 229 de la Constitución, que establece el derecho de toda persona para "acceder a la administración de justicia", por esta razón: como los rebeldes y sediciosos no están sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, en su caso solamente se investigan los delitos de rebelión y sedición. Los demás no, porque si no puede imponerse pena no hay para qué investigar. En consecuencia las víctimas de los demás delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos, o sus herederos, se ven privados de la posibilidad de constituirse parte civil en un proceso penal para reclamar la indemnización de perjuicios.Finalmente, quebrantan el artículo 250 de la Constitución, porque la Fiscalía

General de la Nación no puede investigar los delitos cometidos por rebeldes o sediciosos, en combate, ni acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. La razón es clara: el único delito que se puede investigar para juzgar a los responsables e imponer la pena correspondiente, es la rebelión o la sedición; no así los demás hechos punibles cometidos en combate.

DELITO POLITICO/PROCESO DE PAZ

Al declararse la inexequibilidad de los mencionados artículos 127 y 184, el delito político no desaparece del ordenamiento jurídico nacional, por una sencilla razón: subsisten todas las normas de la Constitución que le dan, en forma excepcional, un tratamiento favorable a sus autores. Y queda en pie, especialmente, la posibilidad de que el Congreso, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, por graves motivos de conveniencia pública, conceda la amnistía y el indulto generales por esos delitos políticos. Al Congreso corresponderá, en esa ley extraordinaria, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos y que, por lo mismo, pueden quedar cobijados por la amnistía y el indulto. Y cuáles, por su ferocidad, barbarie, por ser delitos de lesa humanidad, no pueden serlo.Lo dicho demuestra que incurren en error quienes afirman que la declaración de inexequibilidad del artículo 127 dificulta cualquier proceso de paz con gentes al margen de la ley. No, en un eventual proceso de paz, puede el Congreso ejercer la facultad que le confiere el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución. A la paz no se tiene que llegar por medio de la consagración de la impunidad permanente de las peores conductas criminales.

DERECHO Y DEBER A LA PAZ-Expulsión de leyes que estimulen violencia

El derecho y el deber a la paz obligan al juez constitucional a expulsar las leyes que estimulen la violencia y que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos. Lejos de servir a la causa de la paz, la norma demandada, al colocar el combate por fuera del derecho, degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua. En este contexto, pierde sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que éstos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indulto futuros, con lo cual recrudece el conflicto y sustrae a un proceso de paz utilidad e interés, por lo menos en lo que concierne al aspecto jurídico.

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Violación por exclusión de pena/**PLURALISMO POLITICO**-Violación por exclusión de pena

La norma examinada viola el principio democrático y el pluralismo, como quiera que autoriza, al producir la exclusión de pena, que el método del consenso mayoritario y el respeto a la diferencia y el disentimiento, que se encuentran en su base, sean sustituídos por la fuerza, e incluso por el homicidio, como medio legítimo de la contienda política. La debida y necesaria tipificación penal de este tipo de comportamientos, no trasluce una censura a las ideas que propugnan los alzados en armas, sino un rechazo al empleo de la violencia

como medio de acción política, que desvirtúa la esencia de esta noble actividad y el fundamento democrático sobre el que se edifica la sociedad y el Estado, amén de que coloca a los restantes ciudadanos desarmados en condiciones de desigualdad material e injustificada zozobra.

Referencia: Expediente No. D-1615

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 127 del decreto 100 de 1980 "Por medio del cual se expide el Código Penal"

Demandante: Harold Bedoya Pizarro

Magistrados Ponentes: Dres. JORGE ARANGO MEJIA Y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., según consta en acta número cuarenta y cuatro (44), a los veintitrés (23) días de mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

El ciudadano Harold Bedoya Pizarro, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentó demanda contra el artículo 127 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), por infringir distintos preceptos constitucionales.

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

Se advierte que la ponencia presentada por el Magistrado, doctor Carlos Gaviria Díaz, que declaraba exequible la norma demandada, no fue aprobada por la Sala Plena, y por esto fueron designados los magistrados Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz, para redactar la nueva ponencia, acorde con la decisión de la Sala.

A. Norma acusada.

El texto de la disposición acusada es el siguiente:

" Artículo 127: Exclusión de pena. Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo".

B. La demanda.

Según el actor, la norma acusada viola los artículos 9, 93 y 94 de la Constitución, por cuanto desconoce los tratados sobre derechos humanos vigentes en Colombia, tratados que hacen parte de nuestra normatividad y prevalecen en el orden interno. Para el demandante,

el Estado Colombiano está desconociendo los derechos de los soldados y policías que, en cumplimiento de su deber constitucional, son dados de baja por grupos subversivos, sin que los responsables de esos hechos reciban sanción alguna, por estar cobijados por el beneficio injusto, arbitrario e ilegal que consagra el precepto demandado.

Se infringe igualmente el artículo 2o. de la Constitución, al no proteger el derecho a la vida de los soldados, como de los terceros, "normalmente humildes campesinos que han soportado estoicamente el actuar de los 'rebeldes o sediciosos' y a quienes éstos quitan la vida y posteriormente alegan que fue en combate dejando su conducta en la absoluta impunidad. El artículo 127 del Código Penal, indiscutiblemente, constituye un estímulo para los 'rebeldes o sediciosos', hoy conocidos como narcoguerrilleros, por cuanto ante la exclusión de pena a que hace relación el mencionado art. 127 del Código penal, los delincuentes saben que su conducta punible y dolosa no será relevante... La vida es un derecho inalienable del ser humano y, por lo tanto, quien quite la vida a un miembro de la Fuerza Pública, así sea en combate, debe responder por semejante hecho criminoso".

El artículo acusado, además, establece una discriminación en relación con los miembros de la Fuerza Pública, al permitir que sean eliminados sin que los responsables reciban sanción alguna, pues la norma acusada exime a los rebeldes y sediciosos de cualquier responsabilidad.

> "Los miembros de la Fuerza Pública están prestando un servicio público y cumpliendo funciones constitucionales, en tanto que los 'rebeldes o sediciosos' forman parte de grupos que se encuentran fuera de la ley y hoy por hoy se dedican al narcotráfico, al terrorismo, al secuestro, a las torturas y atentan permanentemente contra los derechos fundamentales de los colombianos y contra el sistema democrático que rige el comportamiento político de la República. La defensa del sistema democrático es y será prioritaria. Por lo tanto, excluir de pena el asesinato de un soldado, un policía -incluidos los miembros de la Policía Judicial como el C .T .I . de la Fiscalía y el DAS- o un campesino, es reconocerle derecho o legitimar grupos armados ilegales, colocando absurdamente en el mismo plano a hombres que se encuentran cumpliendo funciones constitucionales de salvaguardar la democracia, con grupos fuera de la ley".

Por otra parte, sostiene que se desconoce el derecho al trabajo de los miembros de la Fuerza Pública, pues es el único oficio donde no existe sanción para quien de muerte a un trabajador en desempeño de su labor.

Finalmente, se desconoce el artículo 150, numeral 17 de la Constitución, pues si se llega a considerar que en la norma acusada se consagra un indulto, éste sólo correspondía concederlo al Congreso por medio de una ley aprobada por mayoría calificada, requisito que no cumple el artículo 127 del Código Penal.

C. Intervención ciudadana.

1. **Coadyuvancias**

Dentro del término legal establecido en el decreto 2067 de 1991, se presentaron varios escritos destinados a coadyuvar la demanda, así :

a) Un grupo de miembros retirados de la Fuerza Pública, encabezados por Pedro A. Herrera Miranda, afirman que la demanda presentada "es un paso significativo en la búsqueda de la paz".

b) El ciudadano Germán G. Flórez Villegas señala que la norma acusada desconoce el Estado social de derecho al permitir la impunidad de la conducta de quienes sólo buscan desconocer los derechos y garantías fundamentales de las personas que no comparten sus fines.

c) El ciudadano Fernando Antonio Vargas Quemba considera que existe un principio en derecho, según el cual "Toda agresión a un derecho conlleva la sanción al transgresor y la restitución del derecho o de las cosas a su titular". Sin embargo, el precepto acusado permite a los grupos guerrilleros asesinar y cometer actos delictivos, sin sanción alguna, bajo la errada idea que fueron cometidos en combate, donde las víctimas quedan en absoluta desprotección, permitiendo que se fomente la creación de grupos cuyo fin es desestabilizar el régimen que la Constitución ha establecido.

d) La Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro de las Fuerzas Militares "ACORE", por intermedio de su Presidente, se limita a señalar que se incurrió en desviación de poder, al expedir los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar, norma que consagra el mismo trato para los militares que incurran en los delitos de sedición y rebelión, pues no sólo se desconocieron los principios y valores consagrados en la Constitución de 1886, vigente para la época en que se expidieron los artículos mencionados, sino el texto de los tratados internacionales que Colombia había suscrito hasta entonces.

e) El ciudadano Luis Francisco León Fajardo considera que la norma impugnada viola los derechos a la vida, a la igualdad y al trabajo, ya que desconoce "no sólo la vida de los soldados de la patria, sino de terceros, normalmente humildes campesinos que han soportado los desmanes de los rebeldes o sediciosos, y a quienes éstos quitan la vida y posteriormente alegan que fue en combate, dejando su conducta en la más absoluta impunidad...". Por tanto, normas como la acusada, no contribuyen a la paz que necesita el país, porque los rebeldes y sediciosos se amparan en ella, para cometer toda clase de atropellos contra de la población civil y las Fuerzas Militares, sin ninguna consecuencia.

Finalmente, solicita a la Corte declarar inexequible no sólo el artículo acusado del Código Penal, sino el 184 del Código Penal Militar que tiene el mismo contenido normativo del artículo 127 demandado.

f) El ciudadano Luis Enrique Montenegro Rico, en su condición de Director del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, afirma que los valores fundamentales consagrados en la Constitución se dirigen a garantizar el respeto y la realización de

la dignidad humana. Por tanto, "la innegable permisibilidad que la norma impugnada otorga a los delincuentes, para acabar con la vida de servidores públicos que tienen la labor encomiable y de tanta responsabilidad como es la de ofrendar su vida para defender la de los particulares, es un premio que el Estado no puede otorgar a las personas que se encuentran al margen de la ley....". Así, el Estado pone en clara desigualdad a los miembros de las fuerzas militares frente a quienes atentan contra el orden constitucional, pues legitima los actos dolosos de éstos, generando una clara e indiscutible impunidad.

2. Impugnaciones

Las siguientes son las intervenciones en las que se solicita la declaración de exequibilidad de la norma acusada.

a) El ciudadano Juan Manuel Cortés Gaona, manifiesta que al ser distintos el delito político y el delito común, ellos no pueden ser tratados de igual manera. Así, corresponde al juez, y no al legislador, determinar la forma como el precepto acusado ha de aplicarse. Por el contrario, se desconocería la Constitución, si el texto de la norma acusada estableciera límites o determinara el sujeto activo, o las circunstancias de ocurrencia de los hechos cometidos en combate.

b) El Consejero Presidencial para la Paz, Daniel García-Peña Jaramillo, afirma que a partir de la distinción entre el delito político y el delito común, es necesario comprender que la existencia de una pena menor para el delito político, como la relación de conexidad que se establece con otros hechos punibles cometidos en combate, son la demostración del pluralismo político, eje del tratamiento diferencial que en esta materia ha otorgado el legislador para esta clase de delitos. Sin esa conexidad, resultaría imposible el privilegio punitivo para el rebelde, pues al penalizarse los delitos de homicidio, lesiones, etc, cometidos durante los enfrentamientos armados entre los grupos rebeldes y las Fuerzas Militares y de Policía, se haría nugatorio el tratamiento punitivo diferencial que se ha establecido en favor de éstos. Además, que en el campo probatorio la autoría y otros aspectos de estos delitos, sería de difícil demostración.

Por otra parte, debe distinguirse el tratamiento que el derecho internacional humanitario y el derecho interno dan al derecho a la vida. El primero parte del reconocimiento del hecho que la guerra, como violación masiva y sistemática de este derecho - y de los derechos humanos en general -; por tanto, el derecho a la paz es apenas un postulado, un 'principio de realización progresiva'. En el derecho interno, la paz es un hecho y un derecho realizado, y el fin último es su conservación. Así las cosas, en cada uno de estos sistemas se apela a distintas estrategias para la protección del derecho a la vida. Pues las necesidades de la guerra, imponen que su protección en el Derecho Internacional Humanitario sea diferencial.

De esta manera, la ausencia de punibilidad del homicidio y de otras conductas producto de la confrontación, es parte esencial de la racionalidad del Derecho Internacional Humanitario, hecho que se proyecta en el derecho interno a través de la figura de la cone-

xidad, con excepción de los actos de barbarie o terrorismo. De esta manera, en virtud del principio de armonización del Derecho Internacional Humanitario con el derecho interno, es necesario transformar la no punibilidad de los actos de guerra del Derecho Internacional Humanitario, en la no punibilidad dentro del derecho interno, de los delitos conexos con los delitos políticos que se perpetren en combate.

c) El ciudadano Jaime Prieto Méndez, actuando en representación de la Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos, sostiene que en el Derecho Internacional Humanitario, "la protección del derecho a la vida se dirige a la consagración de prohibiciones y obligaciones para las partes enfrentadas, sea un Estado parte o una parte no revestida de la condición de Estado, en procura de la protección de los civiles y de los combatientes que han perdido tal condición por haber sido heridos o capturados", protección que difiere de la que se otorga a los que ostentan el carácter de combatientes.

El Derecho Internacional Humanitario prevé un trato especial, en cierta medida benigno, para quienes se atreven a procurar por vía de las armas, las transformaciones político sociales que consideran justas, convenientes o necesarias, (art. 4-4 Convención Americana de Derechos Humanos). Por tanto, con el mismo razonamiento del demandante, habría que concluir que la Constitución Política desconoce todos los derechos y garantías, al consagrar la posibilidad de indultos y amnistías por delitos políticos, pues por medio de estas figuras, se dejan de sancionar conductas que vulneran bienes jurídicos como la vida y la integridad personal.

En relación con la presunta violación del derecho a la igualdad, afirma que los miembros de las Fuerzas militares en razón a la actividad que ejercen, como personal armado y dispuesto para hacer la guerra, no gozan de la misma protección de quienes son terceros en la confrontación armada. El Derecho Internacional Humanitario, por ejemplo, les fija prohibiciones y obligaciones respecto de la población civil, y sólo, excepcionalmente, cuando pierden su condición de combatientes, son objeto de protección respecto de la violencia que contra ellos pueda ejercer el enemigo.

Por tanto, la norma acusada se ciñe a los postulados del Derecho Internacional Humanitario, en el cual no se tipifican como delito común, conductas que siendo punibles, se cometen en combate.

d) El ciudadano Carlos Alberto Saavedra Waltero, afirma que con la norma acusada no se quiso conceder privilegios o derechos a las organizaciones que pretenden manifestar su inconformidad con el Estado, sino permitir la creación de movimientos que desarrollen actividades orientadas a modificar el *statu quo* imperante.

Al analizar la norma demandada, explica que el legislador buscó beneficiar a los delicuentes políticos, pues los hechos punibles cometidos en combate, no pueden ser calificados y considerados como entidades punitivas independientes a la rebelión y sedición.

La misma Constitución consagra esa especial protección para los delincuentes políticos, al consagrar la facultad del Congreso de conceder amnistías e indultos

El artículo 127 expresa toda una tradición jurídica, que tiende a la protección de las ideas democráticas, como expresión suprema de la práctica de las libertades individuales y públicas.

e) Un grupo de ciudadanos encabezados por Rafael Barrios Mendivil, pertenecientes a distintas organizaciones, a saber: Corporación Colectivo de Abogados 'José Alvear Restrepo', Centro de Investigación y Educación Popular CINEP, Asociación para la Promoción Social Alternativa MINGA, Corporación de Servicios Profesionales Comunitarios SEMBRAR, Comité Regional para los Derechos Humanos CREDHOS, Corporación Jurídica HUMANIDAD VIGENTE, Corporación Juan Bosco, Corporación Jurídica PROCURAR, Fundación Manuel Cepeda, Corporación Jurídica LIBERTAD, Programa por la Paz, y Fundación para la Defensa y Promoción de los Derechos Humanos REINICIAR, solicitan a la Corte declarar la exequibilidad del precepto acusado.

Según estos intervinientes, el artículo 127 del Código Penal se ajusta a la Carta y a los principios y normas que rigen el Derecho Internacional Humanitario, pues éste no autoriza los actos de barbarie ni el asesinato de los combatientes fuera del conflicto armado. Así, la norma acusada es clara al establecer que los hechos punibles que no serán penalizados, son los que se perpetren en combate, lo que excluye cualquier acto contra las personas que no hacen parte del conflicto.

La norma impugnada tampoco consagra la pena de muerte, no genera discriminación alguna, ni viola el derecho a la igualdad, pues "en ningún lugar de la tierra, se penaliza a los soldados por las bajas que causen en combate. Solamente se penalizan, incluso con Tribunales Penales Internacionales, los crímenes de guerra que son los genocidios o matanzas realizadas por los ejércitos en el ejercicio arbitrario de la fuerza, eso es diferente a los homicidios en combate."

f) Por su parte, el Defensor del Pueblo pide a la Corte que declare exequible no sólo la norma demandada sino también el artículo 184 del Código Penal Militar, cuyo texto es idéntico. Este funcionario basa su solicitud en la distinción existente entre delito político y delito común, frente a los cuales, la misma Constitución atribuye consecuencias distintas, artículos 35, 150-17, 179-1, 201-2, 232-3, 299-3 y transitorios 18-1 y 30 de la Carta.

Al interpretarse la norma impugnada, debe tenerse en cuenta el Derecho Internacional Humanitario, en particular, el Protocolo II de Ginebra que "limita los métodos y medios de guerra utilizados por los combatientes y otorga protección a las personas y a los bienes que estos conflictos afectan o pueden afectar". Derecho éste que por mandato de los artículos 93 y 214-2 prevalece en nuestro ordenamiento.

g) El Fiscal General de la Nación, después de hacer un recuento de los antecedentes históricos de la norma acusada, dice que ella "plantea el problema de la conexidad con el delito político, es decir, la rebelión, pero referido no a la exclusión de responsabilidad, sino a

la exclusión de la aplicación de la consecuencia jurídica por la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable, entiéndase la pena."

No se vulnera el Derecho Internacional Humanitario, ni muchos menos el derecho a la vida, cuando en un conflicto armado los combatientes son dados de baja, consecuencia propia del conflicto, así lo ha reconocido el Protocolo II de Ginebra.

El artículo 127 del Código Penal no viola el derecho a la igualdad de los miembros de la Fuerza Pública en relación con las demás personas que no realizan su labor, pues su función constitucional y legal los conduce a enfrentamientos con grupos rebeldes, actividad riesgosa que puede dar lugar a la muerte y lesiones entre combatientes, sin penalización alguna.

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

El Procurador General de la Nación al emitir el concepto correspondiente, pide a la Corte declarar exequible el artículo 127 del Código Penal, por no vulnerar norma alguna de la Constitución.

En primer término, señala que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la norma que hoy se demanda, en relación con la Constitución de 1886, no existe cosa juzgada constitucional, pues es necesario realizar un análisis de ese precepto frente a la Constitución vigente.

Después de hacer un recuento de las normas que existían antes de expedirse la demandada, concluye que esta última "resulta más técnica en la regulación de las conductas conexas a la rebelión y sedición, en el sentido de comprender genéricamente delitos y contravenciones; ampliar la noción del término 'en combate', y sancionar autónomamente aquellas conductas que impliquen actos de ferocidad, barbarie y terrorismo. La norma es acorde con la ontología del delito político que, como figura antijurídica compleja, en ciertos eventos, supone la comisión de diversos hechos punibles que participan de su naturaleza, en cuanto están dirigidos a derrocar el Gobierno, a suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente ; o a impedir transitoriamente el libre funcionamiento de las constituciones jurídicas."

La Constitución diferencia el delito político del común "a fin de justificar una punición benigna para el primero en atención a los móviles que inspiran a sus agentes..... reconoce al delito político un *status* que permite al legislador otorgarle un tratamiento punitivo privilegiado que bien puede consistir en la exclusión de pena para los delitos conexos a la rebelión y sedición, cuando no impliquen actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". El protocolo II de Ginebra consagra en el artículo 6-5 un tratamiento penal favorable para los delitos políticos y conexos, al establecer la posibilidad de su amnistía, sin que ello implique desconocimiento de la soberanía estatal, porque su aplicación no conlleva el reconocimiento de beligerancia de los insurrectos, ni significa la renuncia a sancionar estos hechos punibles de conformidad con el ordenamiento punitivo interno.

Agrega que dado que el Protocolo antes citado hace parte del "bloque de constitucionalidad", según lo preceptuado en los artículos 4, 93 y 214-2 de la Constitución, sus mandatos se integran a la Carta Política y subordinan el ordenamiento interno, en particular la legislación penal, que debe estar en armonía con sus dictados. "Las normas de la Carta y del Derecho Internacional Humanitario justifican plenamente la exclusión de la punibilidad autónoma para los actos conexos a los delitos políticos, como quiera que son conductas íntimamente vinculadas con la finalidad perseguida por los rebeldes y sediciosos..... Frente a la exclusión de la pena o inimpunibilidad, la situación jurídica del integrante de las Fuerzas Militares y del rebelde en combate es distinta. El primero constitucionalmente está instituído para defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional; el segundo por su lado, está al margen de la legalidad y por ello no tiene derecho, parafraseando a la Corte, a combatir ni a empuñar las armas. Así la conducta de aquél en este solo escenario, el combate, puede encontrarse subsumida en las causales de justificación previstas en el artículo 29 del Código Penal, v. gr. aquella que descarta la antijuridicidad de los hechos cometidos en estricto cumplimiento de un deber legal, en legítima defensa; mientras que la del rebelde o sedicioso, en los supuestos del artículo 127 del Código Penal, da lugar a la exclusión de respuesta punitiva. No se advierte entonces violación del principio de igualdad, al hallarse uno y otro en supuestos diferentes no obstante en un momento dado compartir las circunstancias del combate".

Algunos apartes de estos antecedentes, se tomaron de la ponencia presentada por el Magistrado, doctor Carlos Gaviria Díaz.

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 una norma que hace parte de un decreto con fuerza de ley (numeral 5 del artículo 241 de la constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

A juicio del actor, la norma acusada, al exonerar de pena a los rebeldes y sediciosos por los hechos punibles cometidos en combate, quebranta diversas normas de la Constitución, entre ellas éstas: los artículos 9, 93 y 94, relativos a los tratados internacionales, porque éstos consagran el respeto a la vida humana; el artículo 2°., porque éste consagra la defensa de la vida y los bienes y demás derechos y libertades, como función de las autoridades de la república; el artículo 11, que establece la inviolabilidad del derecho a la vida; el 13, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley, pues ésta se desconoce cuando se da un trato privilegiado a los rebeldes o sediciosos, al permitirles que impunemente den muerte a soldados, policías y campesinos; finalmente, el artículo 25, porque la norma desconoce el derecho al trabajo de policías y soldados y poner a éstos en situación de desigualdad frente

a quienes tienen otros oficios o profesiones. Algunos de los intervinientes piden que la declaración de inexequibilidad se extienda al artículo 184 del Código

Penal Militar (decreto 2550 de diciembre 12 de 1988), norma exactamente igual a la demandada, pero aplicable a los militares en servicio activo y a los oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Se analizarán, en consecuencia, estas dos normas, a la luz de la Constitución.

Tercera.- Sentido y alcance del artículo 127 del Código Penal.

Dispone el artículo 127 del Código Penal:

"Los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". (Este mismo es el texto del artículo 184 del Código Penal Militar).

La norma es clara y su sentido no requiere mayores explicaciones. De su lectura se deduce:

1°. La norma exime de pena a los rebeldes o sediciosos por todos los hechos punibles cometidos en combate, y sólo los sujeta a la pena por la rebelión o la sedición.

Los hechos punibles cometidos en combate son todos los delitos previstos en la legislación colombiana. Al respecto escribe el profesor Luis Carlos Pérez:

> "Deben tenerse en cuenta por aparte los siguientes aspectos: en primer lugar, la norma instituye una causal de impunidad, cualquiera que haya sido la participación de los distintos agentes, el lugar donde hayan combatido, su grado de culpabilidad y las circunstancias materiales en que actuaron. En segundo término, el texto habla de hechos punibles, lo cual incluye los delitos y las contravenciones. En tercer lugar, se refiere a esos hechos punibles realizados en combate. Finalmente, exceptúa de la impunidad derivada de las conexidades las conductas bárbaras, feroces o terroristas". ("Derecho Penal", tomo III, pág. 137, Temis, Bogotá, 1990).

¿Qué debe entenderse por hechos punibles **cometidos en combate**? El Código no los define. El mismo profesor Pérez escribe:

> "La expresión "en combate" de la ley vigente.- El artículo 127 del Código vigente eliminó las incertidumbres en la interpretación del concepto. En lugar de "acto de combate" habla de "hechos punibles cometidos en combate", lo que pone fin a las discusiones sobre el alcance del término. Ya no hay que detenerse en el acto, sino en todo el combate, que, claro está, se integra con muchos y variados actos. El combate ya no está limitado en el tiempo, ni estacionado en un paraje, una casa, una calle, una aldea, una comarca. Tampoco se reduce a la agresión corporal directa, ni solo a los disparos que se cruzan los contendientes, sino que implica multiplicidad de dispositivos para atacar, defenderse, proveerse, desplazarse, ocultarse, recibir refuerzos.

En fin, combate no es solo un corto sondeo táctico, sino también desenvolvimiento de amplias estrategias. Por lo tanto, tiene escalas, proporciones, diversidad de vecindades, separación y calificación del trabajo, especialidades que cumplen quienes desempeñan su misión de soldados, y las de quienes carecen de armas pero que se mantienen al servicio de la insurrección.

"Los últimos, dentro de estimativas anticuadas sobre el dinamismo castrense, no estarían en la refriega. Pero ahora, consultando el texto de la ley, sí son agentes de la acción armada. Todos componen una unidad. Les pertenecen el éxito y el fracaso. Se les aclama como victoriosos o se les encarcela como rebeldes. Se les exalta o se les persigue después. El combate gana así la generalidad que es específica de su naturaleza, en que todo tiende a la interdependencia del mayor número de comprometidos sin considerar por aparte, con rigorismo exclusivista, la participación de cada cual.

"Si un grupo de rebeldes destruye vehículos en marcha o destinados al aprovisionamiento de los adversarios, y como consecuencia de la destrucción estallan incendios en viviendas vecinas, y ocurren muertes de personas inocentes, o la incomunicación de un territorio, o cualquier otro daño, no hay duda que estos hechos que separadamente de la rebelión se incriminan acumulativamente con ésta, fueron realizados *en combate*, y no fuera de él. La impunibilidad de las conductas está dispuesta en el artículo 127, y quienes las realizan apenas son culpables de rebelión". (ob. cit., pág. 138).

2°. Se excluyen de la causal de impunidad "los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". ¿Qué debe entenderse por tales?

No define el Código los actos de ferocidad o de barbarie. Según el Diccionario de la Real Academia, serán actos de ferocidad los de "fiereza o crueldad". O los de "crueldad, inhumanidad, ensañamiento o atrocidad", según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas.

En cuanto al terrorismo, habría que tener en cuenta los artículos 1° y 2° del Decreto 180 de 1988, adoptado como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2266 de 1991. El texto de tales artículos es el siguiente:

"Artículo 187.- Modificado. D.L. 180/88, art. 1°. **Terrorismo**. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho.

"Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta

magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales".

"1280. DL. 180/88.

"Art.- 2°.- **Circunstancias de agravación punitiva.-** Las penas señaladas en el artículo anterior, serán de quince (15) a veinticinco (25) años de prisión y una multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, cuando:

a) Se hiciere partícipe en la comisión del delito a menores de dieciséis (16) años;

b) Se asalten o se tomen instalaciones militares, de policía, de los cuerpos de seguridad del Estado o sedes diplomáticas o consulares;

c) La acción se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes electorales;

d) El autor o partícipe hubiere sido miembro de las fuerzas militares, Policía Nacional u organismos de seguridad del Estado y,

e) Cuando con el hecho se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

Nota: El Decreto-Ley 180 de 1988, artículo 2°. Fue adoptado como legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2266 de 1991, artículo 4°".

Cabe anotar que el decreto 2266 de 1991 fue declarado exequible por la sentencia C-127 de 1993, de esta Corte (Magistrado ponente, Dr. Alejandro Martínez Caballero).

3°. El artículo 127 consagra la que el mencionado profesor Luis Carlos Pérez denomina una "causal de impunidad". ¿Puede afirmarse que ésta es una verdadera amnistía general?

Para la Corte la respuesta es afirmativa: el artículo 127 equivale a una **amnistía general, anticipada** e **intemporal**. Es **general,** porque comprende a todos los rebeldes o sediciosos, sean ellos particulares o miembros de las Fuerzas Armadas de la república, y porque abarca todos los hechos punibles cometidos en combate, con sólo unas excepciones. Es **anticipada**, porque durante la vigencia de la norma los rebeldes o sediciosos saben que cualquier delito que cometan (con la limitación indicada) no estará sujeto a pena alguna. Y que ni siquiera será objeto de investigación, pues ésta se hará únicamente en relación con los delitos de rebelión o de sedición. **Y es intemporal**, porque no está sujeta a límite en el tiempo y comprende todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos antes de la vigencia de la norma y durante ella.

Lo anterior lleva necesariamente a preguntarse: ¿es constitucional una norma que (como lo hacen los artículos 127 y 184 mencionados) concede una amnistía **general, anticipada** e **intemporal?** Para contestar esta pregunta, es necesario analizar la amnistía y el indulto

generales a la luz de la Constitución.

Sin embargo, antes conviene analizar el argumento en que algunos intentan sustentar, si no la exequibilidad, sí la conveniencia del artículo 127 del C. Penal.

Se arguye que no es posible, en un combate, individualizar responsabilidades, y tal individualización, en materia penal, es inexcusable. Que lo único posible es establecer quiénes se han alzado en armas y quiénes han participado en un enfrentamiento armado, a fin de imputar a cada uno de ellos el delito de rebelión o de sedición.

Este argumento de conveniencia no resiste el menor análisis. Es claro que se trata, en últimas, de un problema de investigación, y que él debe resolverse dando aplicación a los artículos 23 y 24 del Código Penal, que determinan lo relativo a la participación en el hecho punible. Al respecto, dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

"Los procesados fueron llamados a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, como responsables del delito de homicidio en la persona de..., pero en calidad de cómplices correlativos por no haberse podido determinar cuál de los dos fue el verdadero autor material del ilícito.

"El jurado de conciencia los condenó tal y como fueron llamados a juicio y tanto el juez del conocimiento como el Tribunal respectivo hicieron lo propio.

"Se sostiene que la figura de la complicidad correlativa no fue reproducida por el nuevo Código Penal y la afirmación es exacta. Lo que no resulta veraz es el corolario que de esa realidad extrae el demandante cuando concluye que, en consecuencia, por virtud del principio de favorabilidad, los procesados a quienes se les reconoció que obraron conforme a esa modalidad, deben ser absueltos.

"Sin lugar a dudas, la responsabilidad correlativa era una figura de coparticipación criminal consagrada en el artículo 385 de esta manera:

"En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuida de una sexta a una tercera parte..."

"Al respecto, en antigua, pero reiterada jurisprudencia, la Corte enseñaba que en relación con las demás formas de complicidad general, la complicidad correlativa..." Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma..."

"La llamada "complicidad correlativa" era, pues, una institución jurídica que hacia posible imponer a los partícipes de un delito de homicidio o lesiones personales, pena semejante a la señalada para los cómplices no necesarios (C.P. de 1936, art. 20),

cuando no existía prueba plena que permitiera deducir responsabilidad penal a cada uno de ellos a título de autor, coautores o cómplices necesarios o no necesarios, pero habiendo la certeza de que entre tales copartícipes estaba el autor o autores y, eventualmente, uno o varios cómplices del hecho punible.

"Era posible, entonces, que entre tales personas hubiera autores materiales, o autor intelectual (determinador) y autores materiales, o autores y cómplices, pero jamás solamente cómplices ya que éstos exigen la ineludible intervención del autor para cuyo beneficio contribuyen la comisión de un delito que no les pertenece, que le es ajeno.

"En este orden de ideas, bien puede afirmarse que el fenómeno de la complicidad correlativa -por fuera de su marco nominal- sustancialmente entendido está considerado en el nuevo Código Penal dentro del marco de la participación en el hecho punible (C.P., art., 23 y 24); de donde se concluye que no es posible admitir impunidad para tales hechos con la tesis de casacionista, vale decir, que quienes fueron condenados por complicidad correlativa en vigencia del Código Penal anterior deberían ser absueltos al entrar en vigencia la nueva legislación". (Sentencia de noviembre 29 de 1982).

En síntesis, no es cierto que en un combate no pueda individualizarse la responsabilidad, ni que esa supuesta imposibilidad conduzca a la impunidad general consagrada por el artículo 127.

Además, de acuerdo con la interpretación amplísima que hoy se da a la expresión "en combate", la impunidad consagrada por el citado artículo 127 comprendería aun los delitos cometidos por una sola persona o por varias en condición de autores o de cómplices: todos los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos quedan exentos de pena, no por supuestas dificultades en la investigación, sino porque sus autores se han declarado previamente autores del delito de rebelión o de sedición.

Cuarta.- La amnistía y el indulto en la Constitución.

La Constitución contempla y reglamenta la amnistía y el indulto en el numeral 17 del artículo 150, que asigna al Congreso la siguiente función:

"Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

En relación con el indulto, ya en cada caso particular, dispone el numeral 2 del artículo 201 de la Constitución que corresponde al gobierno, en relación con la rama judicial, "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabi-

lidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares"

La ley a que esta última norma se refiere, no es otra que la prevista por el numeral 17 del artículo 150.

Dicho sea de paso, la mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara, es de tal modo excepcional que la Constitución sólo la exige en otra norma: en el inciso cuarto del artículo 212 (estado de guerra exterior), que faculta al Congreso para reformar o derogar en cualquier época los decretos legislativos dictados por el gobierno por causa o con ocasión de la guerra, "con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra Cámara". Solamente en estos dos casos se exige tal mayoría, lo que da una medida de la importancia que asigna la Constitución a los respectivos asuntos.

Sobre la concesión de amnistías o indultos generales, la Corte Constitucional ha sostenido invariablemente que es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la República. Basta citar algunas jurisprudencias.

En la sentencia C-179 de 1994, en la que se analizó el proyecto de ley estatutaria sobre los estados de excepción, se declaró inexequible el aparte del parágrafo 2° del artículo 4° que otorgaba al Gobierno la facultad de "conceder, por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos y conexos". La razón principal de la inexequibilidad consistió en ser ésta una facultad reservada exclusivamente al Congreso y que éste solamente puede ejercer con sujeción al numeral 17 del artículo 150. Dijo la Corte:

"En cuanto a la concesión de facultades al Gobierno para decretar "amnistías o indultos generales" por delitos políticos y conexos, la Corte estima que esta norma es contraria a la Constitución, porque la facultad conferida al Congreso de la República por el numeral 17 del artículo 150, es exclusiva e indelegable. Así lo demuestran estas razones:

"Primera.- Las normas que regulan esta materia en la Constitución de 1991, son, en esencia, iguales a las que existían en la anterior. Basta compararlas.

"Constitución de 1991:

"Artículo 150, numeral 17: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
"....17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

"Artículo 201, numeral 2: "Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial:

"2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares".

"Constitución de 1886:

"Artículo 76, numeral 19: "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

"19. Conceder, por mayoría de dos tercios de los votos de los miembros que componen cada Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En el caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de los particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

"Artículo 119, ordinal 4o.: "Corresponde al Presidente de la República en relación con la Administración de Justicia:

"....4o. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta facultad. En ningún caso los indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares, según las leyes".

"Tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia sostuvo la tesis de que ésta era una atribución solamente del Congreso. En una de sus providencias sobre esta materia, afirmó:

"En cambio, no parece acertado asimilar las medidas de extinción de acciones y penas con las instituciones de la amnistía y el indulto, en razón de la semejanza de sus efectos, porque no es válido afirmar que el Gobierno puede decretar amnistías e indultos, por virtud de que le compete constitucionalmente la guarda y restauración del orden público, ya que aquellas competencias están atribuidas por la Constitución como propias del Congreso, según resulta de lo dispuesto en el artículo 76-19 y en el 119-4.

"En estado de sitio el Gobierno no sustituye al Congreso en su función legislativa ni en ninguna de sus atribuciones constitucionales. Por ello, la Constitución en el artículo 121 aclara que esa Corporación puede sesionar y ejercer sus facultades constitucionales, porque no hay incompatibilidad con los poderes del Presidente en tales circunstancias, de acuerdo con el siguiente texto: "La existencia del estado de sitio en ningún caso impide el funcionamiento normal del Congreso. Por consiguiente, éste se reunirá por derecho propio durante las sesiones ordinarias y en extraordinarias cuando el Gobierno lo convoque".

"Es preciso considerar, además, que en este campo el Gobierno sólo tiene la potes-

tad para conceder indultos, nunca amnistías, y "con arreglo a la ley que regule el ejercicio de esta potestad", es decir, en forma condicionada a específica ley previa, y no directamente, como facultad constitucional propia, ni menos fundada en el artículo 121, sino en su condición ordinaria de ejecutor de la ley.

"De modo que si el Congreso no ejercita directamente su competencia para amnistiar ni conceder indulto, ni la transfiere como facultad extraordinaria al Gobierno, éste no puede, sin usurpar funciones, decretar medidas de ese alcance, invocando el artículo 121". (Corte Suprema de Justicia, sentencia No.17 de mayo 10 de 1982, G.J. tomo CLXXI, No.2409, pág. 153).

"No hay que perder de vista tres hechos fundamentales: el primero, que durante los estados de guerra y de conmoción interior, el Congreso está reunido permanentemente; el segundo, que sesiona con la plenitud de sus facultades constitucionales y legales; y el tercero, que en los estados de excepción "no se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado".

"Segunda.- La Asamblea Constituyente entendió que esta facultad de conceder amnistías e indultos generales quedaba reservada al Congreso en todo tiempo. Por tal razón, concedió al Gobierno la autorización de que trata el artículo transitorio 30, que reza:

"**Artículo transitorio 30**.- Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima".

"Es claro que el conceder esta autorización especial, obedecía a diversas razones, entre ellas estas: la circunstancia de no existir, durante los primeros meses de vigencia de la nueva Constitución, un Congreso que pudiera ejercer la facultad de que trata el numeral 17 del artículo 150; el tratarse de delitos cometidos antes de la vigencia de la nueva Constitución; y, por sobre todo, la convicción de que el Gobierno no podía en épocas normales ni durante los estados de excepción, conceder amnistías o indultos generales por no estar facultado para ello por la propia Constitución.

"Si la Asamblea hubiera entendido que bastaba al Gobierno declarar el estado de conmoción interior y dictar un decreto legislativo, para conceder la amnistía o el indulto generales, no habría otorgado esa autorización, que habría sido ostensiblemente superflua.

"Tercera.- ¿Por qué ésta es una facultad exclusiva e indelegable del Congreso?

"Conceder amnistías o indultos generales, por delitos políticos, es una medida emi-

nentemente política, que implica interpretar la voluntad de la nación. Si el Congreso, con el voto de la mayoría exigida por la Constitución, dicta esta medida, será porque interpreta el sentimiento de la inmensa mayoría de los ciudadanos y si la niega, será porque no existe ese sentimiento.

"Por todo lo anterior, no tendría sentido sostener que lo que solamente puede hacer el Congreso de la República con esa mayoría especial, pueda decretarlo el Presidente de la República por su sola voluntad.

"De otra parte, es apenas lógico que el Congreso, primer actor en la vida política de la nación, sea el único llamado a adoptar las medidas de que se trata, políticas en el más alto grado.

"Cuarta.- No se puede caer en la tentación de considerar baladí la exigencia de la mayoría de las dos terceras partes de los votos de los miembros de una y otra Cámara. Tal exigencia no puede tener otra explicación que la de rodear esta medida de las mayores cautelas, para garantizar que su adopción interpreta la voluntad de las mayorías políticas de la nación.

"Quinta.- Uno de los propósitos que animaron la reforma de la Constitución en 1991, fue el fortalecimiento del Congreso. La moción de censura de los ministros, es una de las manifestaciones de ese ánimo de permitirle al Congreso ejercer a plenitud el control político. ¿Cómo pretender, a la luz de esta realidad, que el Constituyente haya querido privar al Congreso, en la práctica, de una de sus más preciosas facultades? ¿Se le fortalece, acaso, privándole de sus poderes?

"Sexta.- Según el artículo 213 de la Constitución, dentro de los tres días siguientes a la declaración o prórroga del Estado de Conmoción Interior, el Congreso se reunirá por derecho propio, "con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales". Esta norma implica lo siguiente:

"a) La facultad consagrada en el numeral 17 del artículo 150, no la pierde el Congreso, ni la adquiere el Presidente de la República, por la declaración del estado de excepción;

"b) Si el Gobierno estima necesaria la concesión de amnistías o indultos generales por delitos políticos y conexos, puede presentar al Congreso el correspondiente proyecto de ley, acompañado de la manifestación de urgencia. Y será el Congreso, en ejercicio de la soberanía, como representante del pueblo, según el artículo 3o. de la Constitución, el que resuelva.

"Séptima.- La concesión de amnistías e indultos generales, es asunto de la mayor importancia para la República. Con razón la Constitución sólo las autoriza cuanto existen "graves motivos de conveniencia pública". Esto hace pensar que la decisión del Congreso debe ser el fruto de un amplio debate a la luz de la opinión pública. Debate en el cual debe participar ésta última, a través de los medios de comunica-

ción. No puede una decisión como ésta, adoptarse de la noche a la mañana por medio de un decreto, y ser fruto solamente de la voluntad del Presidente de la República.

"Octava.- La Constitución no autoriza al Presidente de la República, para conceder amnistías e indultos generales. Este hecho hay que interpretarlo en concordancia con otras normas de la propia Constitución, para llegar a la conclusión de que ningún caso puede el Presidente de la República ejercer esta atribución:

"a) Según el artículo 121 "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley."

"b) De conformidad con el numeral 3 del artículo 214, durante los Estados de Excepción "No se interrumpirá el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado."

"c) Durante los estados de guerra y de conmoción interior, el Congreso está reunido permanentemente, "con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales", una de las cuales es la señalada por el numeral 17 del artículo 150.

"Novena.- Es necesario aclarar que, como lo expresó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de **abril 10 de 1982**, el Gobierno, de conformidad antes con el artículo 119, numeral 4o., y ahora con el numeral 2o. del artículo 201, sólo puede conceder indultos en casos individuales, no generales, de acuerdo con la ley preexistente. A este respecto, en los últimos años se han dictado las leyes 49 de 1985 y 77 de 1989.

"En la 77 de 1989, por ejemplo, se autorizó "al Presidente de la República para conceder indultos a los nacionales colombianos de acuerdo con las reglas establecidas en la presente ley".

"Y según el artículo 8o. de la misma ley, el indulto se concedería "por resolución ejecutiva suscrita por el Presidente de la República y los Ministros de Gobierno y Justicia...".

"Como se ve, esta facultad es completamente diferente a la de "conceder amnistías o indultos generales", reservada al Congreso.

"Al respecto, existe una sola diferencia entre la Constitución anterior y la actual: la obligación impuesta ahora al Gobierno de informar al Congreso sobre los indultos que haya concedido.

"Por todo lo dicho, el aparte final del parágrafo 2o. del artículo 4o., será declarado inexequible".

Después, en la sentencia C-709/96, de diciembre 9 de 1996, dijo la Corte Constitucional:

"Adicionalmente, a juicio de la Corte la norma consagra en la práctica o disfraza una especie de amnistía por un delito común que no se aviene con los preceptos de la Constitución y, por consiguiente, se encuentra en abierta contradicción con los artículos 150-17 y 201-2, que consagran los requisitos bajo los cuales se pueden conceder amnistías generales, únicamente por delitos políticos". (Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell).

En conclusión, solamente el Congreso, de conformidad con el artículo 150, numeral 17, puede conceder amnistías o indultos generales.

Pero la concesión de tales beneficios está sujeta a dos condiciones:

a) La primera, el que existan, a juicio del Congreso, "graves motivos de conveniencia pública"; y,

b) La segunda, que la ley correspondiente sea aprobada "por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara". Esta mayoría calificada hace parte de la competencia misma del Congreso, razón por la cual no podría éste conceder amnistías o indultos por las mayorías establecidas para las leyes ordinarias. Esta es, se repite, una ley extraordinaria y excepcional.

Quinta.- La amnistía y el indulto generales son excepcionales en la legislación colombiana.

Existe en el ordenamiento jurídico una regla general: el sometimiento de todos a la ley penal. Esa regla se expresa inequívocamente en el inciso primero del artículo 13 del Código Penal:

"La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional".

Esta regla general tiene su fundamento en la propia Constitución:

El artículo 4°, en su inciso segundo, impone a los nacionales y extranjeros el deber de acatar la Constitución y las leyes. Y el artículo 95, en su inciso segundo, reitera que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Las anteriores normas explican por qué el artículo 250, inciso primero, asigna a la Fiscalía General de la Nación la función de investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales, sin exceptuar ningún delito ni a ningún delincuente.

Pero, esa regla general tiene una sola excepción: la consagrada por el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, que, como se ha dicho, confiere al Congreso la facultad de conceder amnistías e indultos para que quienes han quebrantado la ley penal no reciban el castigo correspondiente.

Sexta.- Los delitos políticos en la Constitución.

La Constitución se refiere a los delitos políticos, para darles un tratamiento benévolo, en los siguientes artículos:

"Artículo 35.- Se prohibe la extradición de colombianos por nacimiento. No se concederá la extradición de extranjeros por delitos políticos o de opinión".

"Artículo 150.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...
"17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

"Artículo 179.- No podrán ser congresistas:

"1°.- Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos".

"Artículo 201.- Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial.

...
"2.- Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares.

"Artículo 232. Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:

...
"3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos".

"Artículo 299.- En cada departamento habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno.

...
"Para ser elegido diputado se requiere ser ciudadano en ejercicio, tener más de veintiún años de edad, no haber sido condenado a pena privativa de la libertad,

con excepción de los delitos políticos o culposos y haber residido en la respectiva circunscripción electoral durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección".

"Artículo Transitorio 18.- Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales:
"1. Quienes en cualquier época hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, con excepción de quienes lo hubieran sido por delitos políticos o culposos.

"Artículo Transitorio 30. Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima".

Obsérvese que todas estas normas, como ya se dijo del numeral 17 del artículo 150, **establecen excepciones.** Son, por lo mismo, de interpretación restrictiva.

Por lo anterior, no puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurren en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta ésta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos.

Aunque no es éste el tema central de esta sentencia, cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. El profesor Carlos Lozano y Lozano señala que lo característico del delito político son los motivos determinantes, y los define así: "Por delito político social se entiende aquel que ha sido cometido exclusivamente por motivos políticos o de interés social". Y agrega:

"Pero la palabra "exclusivamente" se debe entender en el sentido de que los motivos determinantes sean de naturaleza política y social, y por consiguiente, altruístas. Y a la vez se establece la igualdad en las sanciones para los delitos comunes y los delitos políticos, cuando éstos, a pesar de la apariencia exterior, no sean sino delitos comunes a causa de los motivos innobles y antisociales que los hayan determinado, o cuando el delito común se cometa por razones políticas. En efecto: los crímenes más graves, como el asesinato, el envenenamiento, el incendio, la destrucción por medios explosivos, la falsificación de moneda, no se convierten en infracciones políticas tan sólo porque sus autores invoquen la influencia de la pasión política". ("Elementos de Derecho Penal", Lerner, Bogotá, 1961, págs. 148 y 149).

Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedi-

ción. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos.

BIBLIOTECA

En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución es excepcional y está limitado por las propias normas de ésta que se refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva.

Séptima.- Por qué los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar son contrarios a la Constitución.

Los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar quebrantan diversas normas de la Constitución, como se verá.

1°. Los artículos que se analizan consagran una **amnistía general, anticipada** e **intemporal**. Pero como la única manera de conceder amnistías e indultos generales es la establecida en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, es evidente la vulneración de esta norma.

2°. El artículo 2° de la Constitución consagra como uno de los fines esenciales del Estado el asegurar la "convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo". Es contraria a la primera de estas dos finalidades una norma que permite la comisión de toda clase de delitos y asegura su impunidad, o mejor, que convierte el delito (todos los delitos) en arma política. Y no contribuye a la vigencia de un orden justo, la norma que impide que se investiguen los delitos y se castigue a los delincuentes.

3°. Violan el inciso segundo del artículo 4° que impone a los nacionales y extranjeros en Colombia el deber de acatar "la Constitución y las leyes", entre ellas la ley penal. Es claro que normas que permiten la comisión de todos los delitos a quien cometa los de rebelión o sedición, vulneran esta norma del artículo 4°.

4°. El artículo 13 de la Constitución consagra la igualdad de todos ante la ley. Las normas que se examinan establecen un privilegio inaceptable para quienes, por su propia voluntad, incurren en los delitos de rebelión o sedición: el violar impunemente todas las normas penales. Esa "causal de impunidad" es un privilegio injustificado en relación con todas las demás personas que respetan la Constitución y la ley y acatan las autoridades legítimas: así se desconoce la igualdad ante la ley. Si estas personas, ocasionalmente incurren en delito, sí están sujetas a pena, a diferencia de los rebeldes o sediciosos.

5°. Los artículos 127 y 184 quebrantan el artículo 22 de la Constitución, porque el que atenta contra la paz por medio de las armas, o por medio de la comisión de cualquier delito, no está sujeto a pena alguna.

6°. Violan los numerales 3, 6 y 7 del artículo 95 de la Constitución, por las siguientes razones:

a) El 3, porque éste consagra el deber de "respetar y apoyar las autoridades democráticas legítimamente constituidas". Las normas objeto de estudio, autorizan la comisión de delitos de toda clase a los rebeldes y sediciosos que faltan, precisamente, a este deber.

b) El 6, porque no contribuyen al logro y mantenimiento de la ley normas que establecen causales de impunidad para quienes incurren en rebelión o sedición y atentan, por lo mismo, contra la paz.

c) El 7, porque impiden que se administre justicia y se castiguen los autores de innumerables delitos.

7°. Desconocen, además, el artículo 229 de la Constitución, que establece el derecho de toda persona para "acceder a la administración de justicia", por esta razón: como los rebeldes y sediciosos no están sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, en su caso solamente se investigan los delitos de rebelión y sedición. Los demás no, porque si no puede imponerse pena no hay para qué investigar. En consecuencia las víctimas de los demás delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos, o sus herederos, se ven privados de la posibilidad de constituirse parte civil en un proceso penal para reclamar la indemnización de perjuicios.

8°. Finalmente, quebrantan el artículo 250 de la Constitución, porque la Fiscalía General de la Nación no puede investigar los delitos cometidos por rebeldes o sediciosos, en combate, ni acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. La razón es clara: el único delito que se puede investigar para juzgar a los responsables e imponer la pena correspondiente, es la rebelión o la sedición; no así los demás hechos punibles cometidos en combate.

En síntesis, como se ve, son múltiples los motivos de inconstitucionalidad de los artículos 127 del Código Penal y 184 del Código Penal Militar. Por esto se impone la declaración de su inexequibilidad.

Octava.- Algunas reflexiones adicionales sobre el delito político.

Sea lo primero afirmar que al declararse la inexequibilidad de los mencionados artículos 127 y 184, el delito político no desaparece del ordenamiento jurídico nacional, por una sencilla razón: subsisten todas las normas de la Constitución que le dan, en forma excepcional, un tratamiento favorable a sus autores. Y queda en pie, especialmente, la posibilidad de que el Congreso, en la forma prevista en el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución, por graves motivos de conveniencia pública, conceda la amnistía y el indulto generales por esos delitos políticos. Al Congreso corresponderá, en esa ley extraordinaria, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos y que, por lo mismo, pueden quedar cobijados por la amnistía y el indulto. Y cuáles, por su ferocidad, barbarie, por ser delitos de lesa humanidad, no pueden serlo.

Lo dicho demuestra que incurren en error quienes afirman que la declaración de inexequibilidad del artículo 127 dificulta cualquier proceso de paz con gentes al margen de la ley.

No, en un eventual proceso de paz, puede el Congreso ejercer la facultad que le confiere el numeral 17 del artículo 150 de la Constitución. A la paz no se tiene que llegar por medio de la consagración de la impunidad permanente de las peores conductas criminales.

Novena.- Las normas de los artículos 127 y 184, no son avanzadas ni progresistas.

Algunas personas sostienen que la norma del artículo 127, idéntica a la del 184, es una conquista de los Estados democráticos y que representa un progreso en las costumbres políticas.

La anterior es una afirmación inexacta, como se comprueba fácilmente.

España, cuya Constitución de 1978 es una de las fuentes de la que actualmente rige en Colombia, tiene una indiscutible organización democrática. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico español no existe la amnistía y están expresamente prohibidos los indultos generales (literal i del artículo 62 de la Constitución).

En cuanto a la rebelión y la sedición, el Código Penal español establece, en primer lugar, penas muy severas, que para la primera pueden llegar hasta 30 años de prisión (artículo 473) y para la segunda, hasta 15 años (artículo 545). Penas que contrastan con las señaladas en la ley colombiana: 5 a 9 años de prisión para la rebelión (artículo 125), y 2 a 8 años de prisión para la sedición (artículo 126).

Pero, hay más: no existe en el Código Penal de España una norma semejante al artículo 127, que permita el absurdo de que un delito sancionado con pena hasta de 9 años, absorba otro reprimido con pena hasta de 60 años, como el homicidio. Por el contrario, el artículo 481 descarta expresamente la absorción en lo que atañe a la rebelión: "Los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella, serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código".

Esta norma es aplicable al delito de sedición, por mandato expreso del artículo 549 del mismo Código.

Conviene recordar que el Código Penal español vigente fue adoptado en el año de 1995.

En la Argentina, donde también existe un régimen democrático, la pena correspondiente al delito de rebelión es la de prisión de 5 a 15 años, pena que puede agravarse hasta 25 años. Tampoco en esta legislación los delitos de rebelión y de sedición absorben los hechos punibles cometidos en combate, pues el artículo 236 del Código Penal dispone que "cuando al ejecutar los delitos previstos en este título (rebelión, sedición y motín, entre otros), el culpable cometiere algún otro, se observarán las reglas establecidas para el concurso de hechos punibles".

Se olvida, además, que los delitos de rebelión y sedición, por su propia naturaleza, pueden cometerse especialmente por los miembros de las Fuerzas Armadas de la república. Es evidente que los artículos 127 y 184 implican una permanente incitación al uso de las armas

(y a la comisión de innumerables delitos), en contra del régimen constitucional. Incitación que cobra mayor fuerza en tratándose de militares y policías, a quienes se confían las armas para la defensa del orden jurídico. Sólo el sentido republicano de nuestras Fuerzas Armadas y su espíritu civilista, han impedido que sus miembros caigan en la tentación que estas normas contrarias a la Constitución les tendían.

¿Podrá, acaso, ser civilizada y progresista una norma que autoriza la comisión de toda clase de delitos, como arma política? ¿Existe en la Constitución una sola norma que permita recurrir a la violencia en contra del orden jurídico y de la paz?

Los mecanismos de participación ciudadana hacen posible intentar el cambio del sistema por las vías pacíficas, y nada legitima el empleo de la fuerza o del delito contra el derecho.

Hay que advertir, además, que no es acertado referirse al Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 (Protocolo II), para sostener, tácitamente, que en su artículo 13, ordinal 3°, consagra la impunidad de los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos. La verdad es completamente diferente, como se verá.

Ninguna de la normas del citado protocolo, ni de ningún tratado internacional, obliga a los Estados a no castigar los delitos. Por el contrario, ese castigo está expresamente previsto. Así, el artículo 6°, titulado "Diligencias penales", se refiere "al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado". Y no podría ser de otra manera, porque ¿qué Estado se obligaría a no castigar a quienes aspiran a cambiarlo, es decir, a modificar el ordenamiento jurídico, por medio del delito, desconociendo, como el en el caso colombiano, la propia organización democrática y los medios de participación que ésta consagra?

De otra parte, basta leer el ordinal 3° del artículo 13 del Protocolo Adicional, para ver como éste para nada se refiere al castigo de los delitos cometidos por rebeldes o por sediciosos: "Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación".

Décima.- La despenalización indiscriminada de hechos punibles a la luz de los principios constitucionales.

La rebelión corresponde a un tipo penal autónomo. En el artículo 125 del Código Penal., se describe el comportamiento proscrito y se establece la pena correspondiente. Se ha pretendido justificar la exclusión de la pena, en relación con los delitos cometidos en combate, con el argumento de que éstos resultan, dada su conexidad, "subsumidos" por el delito de rebelión. Sin embargo, los hechos punibles que según esta tesis quedarían cobijados por la rebelión, no tienen la virtualidad de modificar en ningún sentido la consecuencia punitiva del delito principal. De otro lado, la pena de la rebelión - prisión de cinco a nueve años -, que permanece inalterada, aunque se agreguen otros hechos punibles, no es de las más altas del Código Penal, como para autorizar la impunidad que se verifica mediante la exclusión de la pena.

En realidad, el artículo 127 del Código Penal, persigue un único propósito : eliminar el reproche penal a los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos. Así lo confirma el epígrafe del citado artículo que utiliza la expresión "exclusión de la pena". Los argumentos expuestos, serían suficientes, para sustentar la inexequibilidad de esta disposición. La Corte, empero, encuentra que la "despenalización" que se consagra viola otros principios de la Carta.

Décima primera.- Constitución y legislación penal.

Los derechos fundamentales significan la máxima protección que el ordenamiento jurídico reconoce a las dimensiones esenciales de la persona y de su quehacer vital. El Estado, sujeto pasivo por excelencia de tales derechos, deriva de la Constitución Política el deber de amparar las pretensiones que constituyen su objeto. Aún tratándose de los derechos que suponen abstenciones del Estado, en cuanto delimitan esferas personales en las que el individuo permanece inmune a toda injerencia, cabe predicar, en general, la existencia de compromisos ineludibles de protección que se articulan en acciones o prestaciones positivas a cargo del legislador y de la administración.

En este sentido, puede afirmarse que el Estado resigna su deber de defensa de los derechos fundamentales, cuando omite tipificar en la legislación penal, en algunos casos, los comportamientos más graves que injustamente lesionan los bienes de rango constitucional que pertenecen al ámbito de los derechos fundamentales. Sin perjuicio de la libertad de configuración normativa de que goza el Legislador en materia penal, una función suya, es la de reforzar la tutela de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, la falta de tipificación del homicidio, salvo en casos excepcionales, por ejemplo, implicaría el desconocimiento del derecho a la vida.

El derecho penal no agota su cometido en el castigo de las conductas que quebrantan los derechos fundamentales; incluso, esta prestación estatal no siempre resulta necesaria ni pertinente. No obstante, respecto de determinados derechos fundamentales, la tipificación penal de ciertas conductas, corresponde a la protección mínima a cargo del Estado que se integra en su núcleo esencial.

La exclusión de la pena que concede el Legislador ordinario, referida a los hechos punibles cometidos en combate, tiene el efecto de crear una zona franca a la acción delictiva, por fuera de todo control del Estado. Allí es patente la renuncia que el Estado hace a su *ius puniendi* y, por consiguiente, se hace visible el olvido del deber de protección que le incumbe respecto de los derechos fundamentales. Particularmente, la vida de los militares, y aun de personas ajenas al conflicto, si el homicidio en combate deja de sancionarse, quedaría desprovista de todo amparo, sin que su sacrificio se refleje siquiera en un día más de prisión por el delito de rebelión que, según la tesis que la Corte impugna, se extendería a las figuras conexas.

La reserva de ley en materia penal, comporta un grado apreciable de discrecionalidad legislativa. Pero, ella no excusa la abstención estatal mayúscula que deja expósita la defen-

sa de derechos fundamentales, cuya intangibilidad resulta menoscabada con la mera eliminación de la necesaria reacción penal.

Décima segunda.- Exclusión de pena por los hechos punibles y dignidad de los miembros de la Fuerza Pública.

La tipificación de conductas delictivas traduce el rechazo que suscita la lesión de valores, principios y bienes, cuyo respeto se erige en presupuesto esencial de la convivencia pacífica. En cierta medida, la graduación de las penas ilustra la importancia y el significado de los bienes amparados por el derecho penal.

La exclusión de la pena respecto de los hechos punibles cometidos por los rebeldes o sediciosos en combate, pone de presente la escasa o nula estimación que el Legislador prodiga a las personas que resultan afectadas con los comportamientos desviados que dejan de sancionarse.

La inmunidad penal que se concede a los rebeldes y sediciosos, apareja la correlativa desprotección de los sujetos pasivos que, al no señalarse siquiera una mayor pena por el delito de rebelión, se torna absoluta.

La desprotección penal absoluta que la ley decreta y que afecta a las víctimas de los hechos punibles protagonizados por los rebeldes y sediciosos, entraña una concepción peculiar acerca del valor de la persona humana, que no se compadece con la dignidad que la Constitución le reconoce. La exclusión de sanción penal, equivale a la absoluta desvalorización de las personas que sufren el agravio. Estas últimas quedan convertidas en "cosas", como quiera que sus derechos y atributos constitucionales pueden violarse sin que ello de lugar a la condigna respuesta del ordenamiento jurídico.

El móvil político del rebelde y sedicioso adquiere, en este contexto, una jerarquía superior a la de cualquier derecho fundamental. Llega a convertirse en un fin en sí mismo. El ordenamiento penal dócilmente se pliega a sus exigencias y ofrece a los rebeldes y sediciosos, la posibilidad de tratar a otros sujetos como simples medios para sacar adelante sus propósitos.

La criminalidad política no está excluída de sanción penal. Sería absurdo que el mero móvil político fuese suficiente para declarar la impunidad de los hechos punibles que atentan contra el mismo régimen constitucional. La función excepcional del Congreso para decretar por vía general amnistías o indultos respecto de delitos políticos, presupone la existencia de un régimen punitivo aplicable de ordinario a los crímenes de esta naturaleza.

Tampoco los criminales políticos, por serlo, tienen derecho a someter impunemente a otras personas, militares o no, a su voluntad delictiva. La norma examinada, por la vía de la exclusión de la pena, permite que las personas se conviertan en objetivo de las acciones delictuosas de los rebeldes y sediciosos. Si la persona es un fin en sí mismo - en esto estriba su dignidad y su condición de sujeto moral -, resulta incomprensible y abiertamente censurable que la ley le otorgue el tratamiento de medio al servicio del combatiente político y de sus ideas. Se dice que al servicio del combatiente político, puesto que la impunidad de la muerte de la

víctima es el precio que se paga para que aquél pueda imponer una ideología y aspirar a que ésta tenga en la sociedad arraigo temporal o definitivo.

La política, armada o desarmada, no está por encima de la persona humana. La legislación penal yerra, en materia grave, cuando brinda espacios de impunidad para que la política manipule a la persona humana y la sacrifique en su nombre o por su causa. La causal de impunidad consagrada en la ley, representa para las víctimas un sacrificio desproporcionado e irrazonable.

Aunque el rigor sancionatorio aplicable a los delitos políticos no se define en la Constitución - por tratarse de una materia deferida al legislador -, la distinción entre este tipo de hechos punibles y los comunes, no puede trazarse en la ley ordinaria en términos de impunibilidad, entre otras razones, por el efecto de absoluta desprotección que ello ocasionaría a las víctimas. De la propia Constitución pueden obtenerse elementos que contribuyen a darle una fisonomía especial a los delitos políticos, siendo ellos los únicos delitos que pueden ser objeto de amnistía o indulto. A la ley corresponde, a su turno, dentro de ciertos límites, preservar para éstos delitos un régimen diferenciado.

Sin embargo, lo que sí desborda toda previsión, es considerar que la impunidad es la "única" forma de concederle a los delitos políticos su particularidad. Desde este punto de vista, la norma legal ha apelado a un criterio de distinción - impunidad de los delitos conexos al de rebelión y sedición -, que no era necesario establecer para los efectos de preservar la especialidad de los delitos políticos, máxime cuando su régimen diferenciado, y favorable, ya está asegurado por la Constitución y podría el mismo afianzarse por la ley en otros aspectos.

La finalidad de la ley consistente en marcar una distinción entre los delitos políticos y los comunes, cuando ella se persigue a través de la creación de una causal de impunidad, viola la Constitución, puesto que de manera irrazonable y desproporcionada incide en los derechos fundamentales de las víctimas, para las cuales el Estado, llamado a protegerlas, deja de existir, que a esto equivale la restricción de su poder punitivo.

El criterio de diferenciación que prohija la norma, se concreta en la enunciación genérica de una serie de circunstancias - hechos punibles cometidos en combate -, que le restan a la persona de la víctima y a su vida su carácter de inviolable (C.P. art., 11). La "inviolabilidad" es un atributo de la persona humana, del cual la ley no puede disponer a su arbitrio. Ni la alta consideración que se dispense al "móvil político", o al programa ideológico él defienda, puede llevar al legislador a optar por el sacrificio impune de las víctimas que, por su causa, arroje la violencia de los rebeldes y sediciosos. Las personas son inviolables e independientes, en la medida en que el ordenamiento constitucional garantiza que no sufrirán impunemente el daño producido por otras, así éstas crean que su sacrificio se justifica en aras de un bienestar futuro para el mayor número que, en el caso de los rebeldes, se asocia al triunfo de sus ideales.

Los miembros de las Fuerza Pública, no sobra recordarlo, no agotan como servidores públicos su dimensión existencial. Ante todo, se trata de personas, y, como tales, salvo los derechos que la Constitución expresamente no les otorga, gozan de los restantes. El aparato estatal requiere del esfuerzo y concurso de los militares y policías, con el objeto de cumplir

misiones tan esenciales como las referidas a la defensa del territorio, la independencia nacional, la democracia y los derechos fundamentales. No obstante, el miembro de la fuerza pública no termina absorbido por el aparato estatal, como lo pretende una visión deshumanizadora y contraria a la dignidad de la persona humana. En este orden de ideas, atentar contra la vida de un miembro de la Fuerza Pública, no se concreta en la simple lesión de un valor institucional. Los militares y policías no son entelequias y, por tanto, el más elemental entendimiento de la dignidad humana, no puede negarles el carácter de sujetos pasivos autónomos de los agravios que desconozcan su personalidad y su vida.

Es claro que la contrapartida de la causal de impunidad que crea la norma examinada, es la negativa a admitir que las víctimas de los "hechos punibles impunes", son sujetos pasivos de los delitos que les cercenan la vida u otros derechos fundamentales, pese a que éstos tienen una entidad propia. Para la Corte, en estas condiciones, rehusar dar a la víctima de un ilícito penal el tratamiento de sujeto pasivo autónomo - negativa ésta a la que se acompaña la inhibición de la reacción penal precisa ante las lesiones y daños causados en su persona -, significa en el fondo dejarlo por fuera de la protección penal y, por ende, desestimar su condición de persona.

Décima tercera.- La exclusión de la sanción y la intensidad jurídica permitida de la confrontación interna.

La salvedad que hace la norma respecto de los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo, los que quedan por fuera del efecto de exclusión punitiva que benévolamente concede la norma a los delitos conexos con la rebelión y la sedición, produce la falsa impresión de que el objetivo que se persigue es el de reducir la crudeza del conflicto político interno. Sin embargo, el efecto que engendra es el de estimular - gracias a la exclusión de la sanción - el uso creciente de la violencia. Para el efecto, se incorpora en el derecho positivo la noción de combate como acontecimiento social en el que la muerte y el asesinato pueden producirse impunemente.

Si al combate acude el rebelde o sedicioso, munido de la permisión de asesinar a su contrario sin consecuencias penales distintas de las que de suyo ya se desprenden de su estado de rebelión o sedición, se anula paradójicamente por obra del mismo ordenamiento penal su entero potencial disuasivo. Por su parte, la percepción de que el rebelde tiene recibida del ordenamiento licencia para matar, suscita en el miembro de la Fuerza Pública, la conciencia de enfrentarse a un enemigo mortal al que igualmente se tiene el derecho de eliminar. La legislación penal recurre a la idea de combate con el objeto de institucionalizar la pena de muerte.

La realidad de la violencia no justifica que la respuesta del derecho sea la de entronizarla mediante causales de impunidad. Desde luego, se da por descontado que no por el hecho de que se prohiba la violencia ésta decae o se extingue. Enervar la violencia en Colombia no será posible sin antes reconocer las causas que la producen y sin obrar sobre ellas a través de los medios más adecuados. El efecto pacificador del derecho, junto a otras herramientas de profundo calado, debe concurrir a la construcción de la convivencia civilizada. Pero, aun reconociendo el papel relevante aunque limitado del derecho, lo que sí resulta inaceptable en el plano constitucional es que éste, en lugar de reducir o mitigar el conflicto, a través de una

norma permisiva, le extienda carta de naturaleza normativa a la lógica de la violencia y abdique de su función de control social.

La confrontación interna que se da a raíz de las acciones de los rebeldes y sediciosos, traba en una lucha sangrienta a nacionales de un mismo Estado. El ordenamiento constitucional contempla salidas pacíficas al conflicto armado. La figura del indulto y de la amnistía indica que el exterminio total, no es propiamente el camino que según la Constitución debe transitarse con miras a resolver la aguda hostilidad existente en el país. La aspiración de la Constitución se cifra en la conversión de la relación adversaria que se manifiesta con signos de violencia e inhumanidad, en una relación de oposición que se tramite a través de procedimientos pacíficos y democráticos.

Los delitos políticos corresponden a formas desviadas de acción política que suscitan una respuesta represiva que, primordialmente, debe manifestarse y concluir en un proceso judicial. La norma examinada, en cambio, reduce a su mínima expresión el espacio del proceso. El combate, al igual que su lógica de violencia, le restan significado y alcance al proceso, al abrirse por la norma un paréntesis en el que desaparece el Estado de derecho, tal vez a la espera de los resultados de la guerra. Aquí el papel que con su inhibición cumple el Estado y el derecho es el de convertir a las partes en conflicto en enemigos absolutos e irreconciliables, confiando que la disputa se dirima según el método del exterminio.

El derecho y el deber a la paz obligan al juez constitucional a expulsar las leyes que estimulen la violencia y que alejen las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos. Lejos de servir a la causa de la paz, la norma demandada, al colocar el combate por fuera del derecho, degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua. En este contexto, pierde sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que éstos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indulto futuros, con lo cual recrudece el conflicto y sustrae a un proceso de paz utilidad e interés, por lo menos en lo que concierne al aspecto jurídico.

No escapa a la Corte que sancionar los delitos conexos a la rebelión y a la sedición, no evita que estos en la realidad se cometan. Sin embargo, el hecho de que sea difícil erradicar la violencia, no puede conducir a que la ley penal claudique ante ella y elimine las sanciones que normalmente se asocian a sus diversas manifestaciones. Que por razones de distinta índole, el Estado no haya podido controlar la violencia, no es razón suficiente para que la ley penal la legitime so pretexto de que su móvil sea de naturaleza política. Este extraño aval, sin lugar a dudas, propicia una escalada de la violencia.

Décima cuarta.- El ámbito del pluralismo político.

Equivocadamente se sostiene que la impunibilidad de los delitos políticos conexos, constituye una forma de garantizar el pluralismo inherente a una sociedad liberal, abierta y democrática. En el contexto de una sociedad de las características referidas, la pretensión de imponer a otros las ideas por la fuerza, destruye el presupuesto en el que se funda el ejercicio del

pluralismo. En las sociedades que reúnen estas características - la Constitución Política colombiana en sus normas y principios prefigura una sociedad y un Estado conformado de acuerdo con estas opciones -, el único acuerdo sustancial es el relacionado con la apertura del sistema gracias a la aceptación de las reglas relativas al consenso mayoritario y a la alternancia de las mayorías en el poder, el cual permanece abierto siempre a la crítica y al control de la oposición y sometido al respeto por los derechos fundamentales de las personas.

La legitimidad democrática no se aviene a aceptar que a través de la insurgencia armada se tramiten los conflictos sociales y se promuevan los programas políticos. En el evento de que ello se haga, los valores de la democracia y del pluralismo, se verán seriamente conculcados, sin perjuicio de que de manera extraordinaria y como precio por la paz, el Congreso, con las mayorías requeridas, genere en un momento dado el hecho político consistente en la amnistía o en el indulto. Mientras no lo haga, la ley ordinaria no puede, en aras del pluralismo y de la democracia, decretar la impunibilidad de la violencia política, simplemente por la circunstancia de que con su concurso se ventilen ideas, puesto que la fuerza como método lo que ciertamente repugna a aquéllos.

La norma examinada viola el principio democrático y el pluralismo, como quiera que autoriza, al producir la exclusión de pena, que el método del consenso mayoritario y el respeto a la diferencia y el disentimiento, que se encuentran en su base, sean sustituídos por la fuerza, e incluso por el homicidio, como medio legítimo de la contienda política. La debida y necesaria tipificación penal de este tipo de comportamientos, no trasluce una censura a las ideas que propugnan los alzados en armas, sino un rechazo al empleo de la violencia como medio de acción política, que desvirtúa la esencia de esta noble actividad y el fundamento democrático sobre el que se edifica la sociedad y el Estado, amén de que coloca a los restantes ciudadanos desarmados en condiciones de desigualdad material e injustificada zozobra.

Al delito político se le otorga un tratamiento distinto del aplicable al delito común, en razón de los móviles de beneficio social que eventualmente pueden anidar en el alma de los rebeldes, pero nunca porque se juzgue apropiado el recurso a la violencia. De hecho en las sociedades democráticas que, como la colombiana, ofrecen canales múltiples para ventilar el disenso y buscar la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas, el ámbito del delito político no puede tener ya el mismo alcance que pudo tener en el pasado, lo que no quiere decir que esta modalidad delictiva haya desaparecido de los códigos y de la Constitución.

En las sociedades fundadas sobre presupuestos democráticos y sobre el respeto a los derechos fundamentales, se torna cada día más difícil y menos justificado apelar a formas delictivas a fin de expresar la inconformidad política y pretender la transformación de la sociedad. En todo caso, a la altura del tiempo presente y de los desarrollos constitucionales del país, dando por descontada la existencia de la delincuencia política - a su modo contemplada en la misma Constitución -, lo que todavía le presta apoyo a la consagración de un régimen menos severo para el delito político son los ideales que encarnen los rebeldes, no así el recurso constante a la violencia que los caracteriza. Por lo demás, la tendencia que se observa en el mundo es la de no amparar bajo el concepto del delito político las conductas violentas.

La ley penal que se ocupa del delito político produce la exclusión de la pena precisamente en relación con el elemento que resulta reprochable de este fenómeno criminal: el uso de la violencia. La santificación de la guerra interna, nunca puede ser el cometido del derecho penal de una sociedad democrática que aspire a consolidar, sobre la base del consenso y del respeto a los derechos fundamentales, el bienestar de su pueblo.

III.- DECISION.

Por las razones anteriores, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Decláranse **INEXEQUIBLES** el artículo 127 del decreto 100 de 1980 "Por medio del cual se expide el Código Penal" y el artículo 184 del decreto 2550 de 1988 "Por medio del cual se expide el Código de Justicia Penal Militar".

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
-Con salvamento de voto-

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO SENTENCIA C-456
septiembre 23 de 1997

DELITO POLITICO-Trato especial

La Constitución no sólo autoriza sino que incluso exige un tratamiento punitivo benévolo en favor de los rebeldes y sediciosos, el cual, como acertadamente lo señala uno de los intervinientes en el proceso, implica la conexidad, vale decir la absorción de los delitos comunes cometidos en combate por el delito político. En efecto, la penalización, como delitos autónomos, de los homicidios, las lesiones o los daños en cosa ajena, que inevitablemente se producen durante los enfrentamientos armados, hace que sea, en la práctica, imposible el privilegio punitivo del rebelde. Este aspecto ha sido reconocido desde antaño, pues el artículo 139 del Código Penal de 1936 ya disponía un trato especial para los delitos políticos.

DELITO POLITICO-Conexidad

La conexidad es el símbolo inequívoco de la complejidad fáctica del delito político, así como del hecho de que éste es reconocido y diferenciado favorablemente de otras conductas delictivas en materia punitiva, de lo cual se desprenden dos consecuencias esenciales.De un lado, resulta evidente la debilidad del argumento de la Corte, según el cual la exclusión de pena por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos es una amnistía anticipada, con lo cual, según la sentencia, perdería "sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que éstos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indultos futuros". Esta aseveración es totalmente inexacta, y deriva del error de la Corte de creer que la eventual amnistía es el único beneficio para los delitos político puesto que, como ya lo vimos, la exclusión de pena no prefigura una amnistía futura, la cual puede perfectamente no ocurrir, sino que constituye el dispositivo necesario para penalizar benévolamente la rebelión, tal y como lo autoriza la Carta. Uno de los principales fundamentos de la sentencia pierde entonces todo valor. De otro lado, la decisión de inexequibilidad del artículo 127 del estatuto penal contradice las normas constitucionales que señalan que los delitos políticos no generan inhabilidades, ni son susceptibles de extradición, por cuanto tales normas ordenan -o al menos autorizan- un tratamiento punitivo benévolo a esas conductas, el cual requiere la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate.

DELITO POLITICO-Criterios para tipificarlo

*Los criterios para tipificar el delito político pueden reducirse a dos:**objetivo** y **subjetivo**. El primero atiende, para la construcción de la figura delictiva, al bien jurídico que pretende amparar: esencialmente al régimen constitucional, circunscribiendo la delincuencia política a las conductas que el propio legislador juzga lesivas de dicho bien. Tal el caso del Código Penal colombiano que en el título II del libro 2o., tipifica la rebelión, la sedición y la asonada como "delitos contra el régimen constitucional".El segundo atiende sólo (o primordialmente) al móvil que anima al agente en el momento de perpetrar el hecho, independientemente del objeto jurídico inmediatamente vulnerado. Por ejemplo: un magnicidio cometido por una persona, sin relación alguna con un movimiento rebelde o sedicioso, pero por motivos político-sociales, encuadraría dentro de la mencionada categoría, aún cuando las instituciones estatales no resultan más vulneradas de lo que resultan con la comisión de cualquier delito común. Fue ése el derrotero indicado por la Escuela Positiva Penal.En nuestro sistema prevalece, sin duda, el criterio objetivo pero en armonía con un ingrediente teleológico, a saber: que el alzamiento en armas tenga como propósito el derrocamiento del gobierno o la modificación del sistema vigente, es decir, que el móvil que informe la conducta de los alzados en armas sea inequívocamente político, razón de ser del tratamiento benévolo que para ellos se consagra. Tal propósito específico es elemento constitutivo del tipo y se constituye en el símbolo de esta categoría delictiva.*

DELINCUENTE POLITICO-Noción/**COMBATIENTE ARMADO-Noción**

La definición de delincuente político en Colombia se ha estructurado,en torno a la noción del combatiente armado, por lo cual las definiciones del derecho internacional humanitario han jugado un importante papel. El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas.

DELITO POLITICO-Exclusión de pena

La presente sentencia, al retirar del ordenamiento la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate por rebeldes y sediciosos, desestructura totalmente la noción de delito político, tal y como había sido entendido hasta ahora por nuestra cultura jurídica. Ahora bien, según nuestro criterio, al desconocer esa tradición, la Corte no ha hecho una innovación jurisprudencial sino que ha cometido un error hermenéutico de talla, pues si bien la Constitución de 1991 no define el alcance del delito político, resulta razonable pensar que no hubo la intención de apartarse del concepto dominante en esta materia, por las siguientes razones: de un lado, por el origen y la composición de la Asamblea Constituyente, pues ésta surge de procesos de paz exitosos y participan en ella antiguos combatientes guerrilleros, que se habían beneficiado del tratamiento benigno al delito político, por lo cual es

lógico pensar que ese cuerpo quiso mantener la concepción de delito político existente en ese entonces. De otro lado, no existe en los debates de la asamblea ningún cuestionamiento al tratamiento del delito político y a la figura de la conexidad, a tal punto había consenso en esa materia. Finalmente, el propio texto constitucional es indicativo de esa voluntad de preservar la definición tradicional de delito político, no sólo por cuanto la Carta mantiene la distinción entre delito político y delito común sino también por la constitucionalización del derecho internacional humanitario.

DELITO POLITICO

La inexequibilidad del artículo demandado no sólo rompe la tradición jurídica colombiana sobre el tema sino que -y eso es lo grave en este caso- desconoce el concepto de delito político que surge de la Constitución. En efecto, tanto el análisis de las normas constitucionales específicas que se refieren al delito político y al derecho humanitario, como el estudio de la tradición preconstituyente sobre el tema, conducen a una sola conclusión: la Carta de 1991 ha establecido un modelo muy depurado de tratamiento diferenciado y benigno para el delito político, a tono con la filosofía democrática que le sirve de sustrato, modelo que implica, o al menos autoriza, la exclusión de pena para los delitos cometidos en combate por los rebeldes y sediciosos.

CONFLICTO ARMADO-Civilización de confrontación

Creemos que la Corte se equivoca profundamente cuando afirma que la norma declarada inexequible convertía a las partes en el conflicto armado interno en "enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua". Por el contrario, esa disposición tendía a civilizar la confrontación, en la medida en que privilegiaba los actos de combate que se adecuaban a las reglas del derecho humanitario, mientras que penalizaba las violaciones a estas normas. Por ello, y ojalá nos equivoquemos, lo que efectivamente puede intensificar la ferocidad de la guerra entre los colombianos es la propia decisión de la Corte, pues ésta desestimula el respeto de las reglas del derecho humanitario. En efecto, si a partir de la sentencia, un homicidio en combate es sancionable en forma independiente como si fuera un homicidio fuera de combate ¿qué interés jurídico podrá tener un alzado en armas en respetar las normas humanitarias? Desafortunadamente ninguno, por lo cual, paradójicamente, en nombre de la dignidad humana, la sentencia corre el riesgo de estimular la comisión de conductas atroces de parte de los rebeldes y los sediciosos.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Función

Nuestra función como jueces constitucionales no es imponer a la sociedad colombiana nuestra particular filosofía política sobre cómo las democracias deben enfrentar los desafíos del delito político, problema esquivo y de enorme complejidad, y que por ende escapa a nuestras competencias. Nuestra tarea es mucho más elemental y modesta: en este caso se trataba simplemente de verificar si la regulación legal acusada constituía un tratamiento del delito político ajustado a la manera como la Carta regula esta materia. Y, por las razones que hemos expuesto, para nosotros la respuesta era claramente afirmativa.Pero incluso en el campo filosófico, el análisis de nuestros colegas no nos parece adecuado, pues

no sólo no existe una única respuesta punitiva al problema del delito político sino que no estamos convencidos de que la punición extrema sea la respuesta propia de un régimen democrático pluralista al complejo desafío planteado por la rebelión armada.

DELITO POLITICO-Restricción de la noción

Los delitos políticos siguen siendo exclusivamente la rebelión, la sedición y la asonada, pero que ya no es posible subsumir en ellos otros hechos punibles conexos, como los homicidios en combate. Por ende, la Corte habría restringido muy fuertemente la noción de delito político. En efecto, conforme a esa argumentación, que sería la consecuencia natural de los criterios punitivos asumidos por la sentencia, sólo serían amnistiables o indultables esos delitos políticos pero no los hechos punibles conexos. Sin embargo, la Corte, contra toda lógica, pero afortunadamente para el país, no asume tal posición, pues señala que corresponderá al Congreso, al expedir una ley de amnistía o de indulto, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos que pueden ser objeto de ese beneficio punitivo. Y decimos que la Corte llega a esa conclusión contra toda lógica, pues la sentencia defiende una noción restrictiva de delito político y sostiene que la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate no es propia del concepto de delito político.

DELITO POLITICO-Noción

Si el delito político ya no es esa conducta que podía ser analizada con los criterios objetivos y subjetivos clásicos y que, a la luz del derecho humanitario, se estructuraba en torno a la figura del combatiente, entonces ¿qué es delito político? La respuesta parece ser: delito político son aquellas conductas que, por graves motivos de conveniencia pública, el Congreso, por votación calificada, determine que son hechos punibles amnistiables o indultables. Así, al destruir la noción clásica de delito político, la sentencia estaría abriendo las puertas para que las más disímiles conductas puedan ser amnistiadas e indultadas. No deja de ser paradójico que eso se haga en nombre de la igualdad ante la ley penal y en defensa de los derechos fundamentales.

Referencia: Salvamento de voto de la sentencia C-456 de 1997, que resuelve la demanda de un ciudadano contra el artículo 127 del Código Penal.

Con nuestro acostumbrado respeto, nos permitimos salvar nuestro voto de la presente sentencia, que declaró inexequible el artículo 127 del código penal, que establece que "los rebeldes o sediciosos no quedarán sujetos a pena por los hechos punibles cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Según la Corte, esa norma es inconstitucional, por cuanto el código penal, que es una ley que puede ser aprobada por mayoría simple en el Congreso, consagra una amnistía general, anticipada e intemporal de los delitos cometidos en combate por los rebeldes y sediciosos, con lo cual vulnera el artículo 150 ordinal 17 de la Carta, que ordena que la concesión de estos beneficios tiene un procedimiento especial, pues debe hacerse con posterioridad a los hechos y por una mayoría cualificada de dos tercios de los miembros de las cámaras. Por tal razón, considera la Corte, el artículo acusado desconoce también el deber que tiene el Estado de pro-

teger los derechos fundamentales de las personas, y en especial la vida, pues consagra una impunidad *ex ante* para todos los delitos cometidos por los rebeldes o sediciosos en combate, con lo cual viola, además, la igualdad, pues los derechos constitucionales de los miembros de la Fuerza Pública se encuentran desprotegidos penalmente frente a tales acciones delictivas. Finalmente, añade la sentencia, todo esto implica una violación al derecho y deber de la paz, que es de obligatorio cumplimiento, puesto que la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate por los rebeldes no sólo incita al uso a las armas y santifica la guerra interna sino que, además, estimula la ferocidad de la confrontación, ya que "degrada a las personas que se enfrentan a la condición de enemigos absolutos". Estos beneficios punitivos en favor de los rebeldes, concluye entonces la Corte, son inadmisibles en una sociedad democrática y pluralista, como la que prefigura la Carta de 1991, en donde las personas tienen "canales múltiples para ventilar el disenso y buscar la transformación de las estructuras sociales, económicas y políticas". Por ello, señala la sentencia, "el ámbito del delito político no puede tener ya el mismo alcance que pudo tener en el pasado", lo cual explica, además, que "la tendencia que se observa en el mundo es la de no amparar bajo el concepto de delito político las conductas violentas".

A pesar de su aparente solidez, no podemos compartir las anteriores consideraciones de la Corte, las cuales no sólo reposan en múltiples equívocos y tienen serias inconsistencias argumentativas sino que, más grave aún, desconocen el modelo de delito político adoptado por la Constitución de 1991, que en ese punto no hace sino prolongar la tradición jurídica colombiana desde nuestras primeras constituciones. Por ello creemos que la decisión de la Corte es equivocada pues se basa más en argumentos abstractos de filosofía política sobre la manera como las democracias deben responder a los alzamientos políticos armados, que en una interpretación adecuada del texto constitucional colombiano.

1. El discutible presupuesto de la sentencia: la amnistía y el indulto son el único privilegio constitucional del delito político.

La decisión de la Corte presupone que la eventual concesión de indultos o amnistías constituye el único beneficio que la Carta reconoce en favor del delito político. Así, a pesar de que la sentencia transcribe los artículos de la Constitución que establecen que no puede haber extradición por delitos políticos, y que éstos no generan en ningún caso inhabilidad para acceder a determinados cargos públicos (CP arts 35, 150 ord 17, 179 ord 1, 232 ord 3, 209 y artículo transitorio 18), lo cierto es que no existe en la parte motiva la más mínima consideración acerca del efecto de esas normas superiores sobre el alcance del delito político y de su punibilidad. Lo único que dice la Corte es que esas normas, por tratarse de excepciones, deben ser interpretadas restrictivamente. Sin embargo este argumento no es convincente, pues incluso si aceptamos, en gracia de discusión, que esas disposiciones son excepciones -lo cual no es totalmente claro- de todas maneras una cosa es determinar restrictivamente el sentido de una norma, y otra muy diferente es ignorar su existencia, que es lo que en el fondo hace la sentencia.

La Corte se centró entonces exclusivamente en el problema de la amnistía y el indulto, con lo cual olvidó las otras disposiciones constitucionales relativas al delito político. Y se trata, a nuestro parecer, de una omisión que no es tangencial sino que representa un ele-

mento esencial de la argumentación de la sentencia, la cual está construida sobre el sistemático silencio acerca del alcance de las normas constitucionales que establecen que el tratamiento favorable al delito político va más allá de la posibilidad de que esos hechos punibles sean eventualmente amnistiados o indultados. En efecto, si las normas sobre amnistía e indulto fueran la única referencia que la Constitución hace al delito político, entonces la tesis de la Corte podría tener algún sustento. Así, en gracia de discusión, podría aceptarse que en tal caso, y en virtud del principio de igualdad, los comportamientos delictivos de los rebeldes y sediciosos deberían ser sancionados como los de cualquier delincuente, por lo cual podría no ser legítima una norma que excluyera de pena los delitos cometidos en combate. Además, si así estuviera redactada nuestra Constitución, la única razón para atribuir un carácter político a un hecho punible sería permitir su eventual indulto o amnistía, por lo cual podría ser razonable exigir que fuera la ley de amnistía o de indulto, *ex post facto*, y con una mayoría calificada, la que definiera cuáles son los hechos punibles que quedan excluidos de pena. Sin embargo, lo cierto es que nuestra Carta no se limita a señalar que los delitos políticos pueden ser indultados o amnistiados sino que confiere a los autores de esos hechos punibles otros beneficios.

La sentencia ignora entonces que la Constitución establece una doble prerrogativa en favor del delito político. De un lado, estos hechos ilícitos pueden ser indultados o amnistiados, privilegio político eventual, que es el único que toma en consideración el análisis de la Corte. Pero de otro lado, tales delitos no generan inhabilidades para desempeñar ciertos cargos oficiales altamente cualificados, ni pueden dar lugar a la extradición, con lo cual la Carta establece unos beneficios jurídicos directos en favor del delincuente político, los cuales no están sujetos a una eventual amnistía o indulto sino que ocurren en todos los casos en que se comete un delito político, como la rebelión o la sedición. Así, un rebelde que haya cumplido su pena, y que no haya cometido otros delitos dolosos, puede, conforme a la Constitución, llegar a ser congresista o magistrado de las altas cortes.

Esta omisión debilita entonces la argumentación de la Corte, ya que la Corporación debió mostrar que la decisión de inexequibilidad del artículo acusado era compatible con todas las normas constitucionales que regulan el delito político, y no sólo con las relativas a la amnistía y el indulto, pues es obvio que si la sentencia contradice algunas de esas otras disposiciones, entonces en principio debe ser considerada jurídicamente incorrecta. En efecto, el deber más elemental de un juez es que sus decisiones al menos no contradigan el sentido normativo de las normas que pretende aplicar.

Con todo, algunos podrían considerar que esta debilidad argumentativa, si bien puede restar fuerza persuasiva a la sentencia, no afecta su corrección jurídica, pues la decisión de la Corte no contradice las disposiciones constitucionales según las cuales el delito político no genera inhabilidades, ni puede dar lugar a extradición. Un primer interrogante surge entonces: ¿es la decisión de la Corte congruente con esos mandatos de la Carta? Y para nosotros la respuesta es negativa, como lo mostraremos a continuación.

2- La sentencia contradice las normas que no solo autorizan sino que ordenan un tratamiento punitivo benévolo de los delitos políticos.

Imaginemos el siguiente ejemplo: unos rebeldes, que por definición son personas que se alzan en armas contra el régimen constitucional, efectúan unos combates contra unas patrullas militares, en los cuáles mueren varios soldados y son destruidas algunas tanquetas. Supongamos igualmente que también muere en esos combates un asesor militar extranjero, y que tal conducta ha sido establecida como causal de extradición con el respectivo Estado. Supongamos finalmente que se captura a dos de los insurrectos, Pedro Pérez y Juan Rodríguez, y que se prueba que el primero fue quien dio muerte al asesor militar extranjero durante el combate y que el segundo destruyó una de las tanquetas. En tales circunstancias, y con base en la declaratoria de inexequibilidad del artículo 127 del estatuto penal, llegaríamos a la siguiente paradójica situación: Pedro Pérez podría ser extraditado al otro país por el homicidio del asesor extranjero, pues éste sería un delito no político, a pesar de ser una consecuencia directamente relacionada con la rebelión. Y Juan Rodríguez, después de cumplir su pena, no podría nunca ser congresista o diputado, por haber sido condenado por un hecho punible con pena privativa de la libertad distinto de los delitos culposos y de los delitos políticos. En efecto, el señor Rodríguez habría sido sancionado también por daño en cosa ajena, pues la destrucción de bienes físicos durante un combate es, a partir de la sentencia de la Corte, un delito autónomo, que no se subsume ni en la rebelión ni en la sedición.

Esas ineludibles consecuencias de la decisión de la Corte nos parecen por lo menos muy problemáticas, pues restan toda eficacia normativa a las normas constitucionales que prohiben la extradición en caso de delito político, o que señalan que esas conductas punibles no generan inhabilidades, por la sencilla razón de que es inevitable que los rebeldes y sediciosos cometan, como consecuencia de su delito político, otras conductas ilícitas. En efecto, si la esencia de la rebelión y la sedición es alzarse en armas, en ambos casos los sujetos activos de estos delitos tienen la pretensión de atacar a la Fuerza Pública estatal con el fin de derrotarla, pues no otra es la finalidad de una insurrección armada. Por ende, los rebeldes o sediciosos causarán, como consecuencia de los combates, daños en los bienes de otros, así como muertes y lesiones personales a los miembros de la Fuerza Pública, pues tales son las inevitables y dolorosas consecuencias de un levantamiento en armas. En tales circunstancias, la inexequibilidad de la norma demandada, según la cual esos delitos no eran punibles si se cometían en combate, equivale a una derogación de las disposiciones constitucionales que conceden un tratamiento privilegiado al delito político, diverso a la eventual amnistía o indulto, pues ¿qué sentido tiene que la Constitución señale que no genera inhabilidad ser condenado por rebelión, si la inhabilidad surge de los otros hechos punibles que inevitablemente se cometen durante los combates? ¿O es que la Corte está imaginando un alzamiento armado sin combates? Esto sería a lo sumo un desfile militar de protesta, pero no una rebelión.

Por las anteriores razones creemos que la Constitución no sólo autoriza sino que incluso exige un tratamiento punitivo benévolo en favor de los rebeldes y sediciosos, el cual, como acertadamente lo señala uno de los intervinientes en el proceso, implica la conexidad, vale decir la absorción de los delitos comunes cometidos en combate por el delito político. En efecto, la penalización, como delitos autónomos, de los homicidios, las lesiones o los daños en cosa ajena, que inevitablemente se producen durante los enfrentamientos armados, hace que sea, en la práctica, imposible el privilegio punitivo del rebelde. Este aspecto ha

sido reconocido desde antaño, pues el artículo 139 del Código Penal de 1936 ya disponía un trato especial para los delitos políticos, lo que incluso contaba con el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, quien manifestó:

" Mas, también ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigente, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales. Y eso es lo que en forma patente acredita también la circunstancia de que las infracciones comunes que se realicen durante un movimiento subversivo, tales como incendio, homicidio y lesiones causadas fuera de un combate y, en general, los actos de ferocidad y barbarie, se sancionan por separado, acumulando, con excepción, las penas"[1]

Así se desprende con claridad de los propios debates que antecedieron la expedición del código penal de 1980, del cual hace parte la norma demandada. En efecto, en la comisión redactora del anteproyecto de 1974, uno de los comisionados se opuso a la exclusión de pena, por considerar que si bien tal figura "tiene su origen en el derecho de gentes", no debería aprobarse pues "terceras personas pueden ser sujetos pasivos de esta clase de delitos y no encuentro razón valedera para afirmar que esas terceras personas deben ser víctimas de una impunidad que introduce el legislador". Todos los demás comisionados se opusieron a ese argumento, pues consideraron que sin la exclusión de pena de los delitos en combate, no podría conferirse un tratamiento benigno al delito político. Bien conviene transcribir *in extenso* las réplicas de esos eminentes penalistas, pues aclaran el sentido de la figura de la conexidad. Así, el Doctor Alfonso Reyes Echandía señaló al respecto:

Si la rebelión y la sedición llevan ínsito el combate, resulta difícil pensar en una figura de esta naturaleza en la que no se produzcan necesariamente, otras adecuaciones típicas, que por lo general serán el homicidio y las lesiones personales. En el fondo no se está consagrando impunidad alguna, sino que se está aceptando una realidad y es la que el combate, para que sea tal, conlleva otros resultados, por su misma naturaleza; de lo contrario, no deberíamos hablar de "alzamiento en armas".

Por su parte, el Doctor Luis E. Romero Soto agregó:

Lógicamente que no es este el momento ni el lugar para exponer íntimas convicciones: pero por lo menos se puede dejar en claro que la rebelión supone la absoluta inconformidad con un sistema y que el cambio para quien se rebela, no puede producirse sino mediante el alzamiento en armas. Se ha dicho que la rebelión es el recurso de los pueblos oprimidos. Pues bien, si los rebeldes triunfan, nada habrá pasado, pero si son vencidos, sería excesivo que se les castigara por los hechos que son de la esencia del combate.

1 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de abril de 1950.

Finalmente, el Doctor Jorge Gutiérrez Anzola concluyó:

El delito político, como lo es la rebelión, debe tener ciertos privilegios en cuanto a la punibilidad. Sería muy difícil que nos detuviéramos a discutir si se trata de un fenómeno de complejidad de delitos, de un concurso simplemente, o si se trata de hechos que son de la naturaleza de la rebelión o de la sedición. También sería muy dispendioso que nos entrabáramos en una discusión acerca de si se trata de una causal excluyente de punibilidad especial, o si se trata de un fenómeno simplemente pragmático. Yo creo, frente a la realidad en la aplicación de la ley para los casos concretos, que si se exigiera la imposición severa de la ley penal a todos los hechos o actos conexos con la rebelión, sería necesario aplicar casi todo el Código. Los rebeldes, lógicamente, se asocian para delinquir, ellos muchas veces usan prendas militares y documentos falsos, violan domicilios, en veces calumnian o injurian, todo dentro de ese alzamiento en armas. Por ello, creería conveniente que se estructura una norma en la que se dijera que no estarán sometidos a pena los rebeldes y los sediciosos que realicen hechos punibles en razón del combate.[2]

A estas consideraciones normativas, hay que agregar además un argumento fáctico evidente, y es que, no es posible, **en un combate,** individualizar responsabilidades, y tal individualización, en materia penal, es inexcusable. Lo único que puede establecerse es quiénes se han alzado en armas y aun quiénes han participado en un enfrentamiento armado, a fin de imputarles a cada uno de ellos el delito de rebelión o de sedición. Pero no es factible acreditar probatoriamente bajo esa circunstancia, quién mató a quién o quien lesionó a quién y con qué intención. Parece una dificultad insuperable determinar, con fuerza de verdad asertórica, quién, individualmente, (en un combate) es el autor de un hecho punible distinto de aquél que, por sí mismo, constituye la rebelión o la sedición.

En síntesis, la conexidad es el símbolo inequívoco de la complejidad fáctica del delito político, así como del hecho de que éste es reconocido y diferenciado favorablemente de otras conductas delictivas en materia punitiva, de lo cual se desprenden dos consecuencias esenciales.

De un lado, resulta evidente la debilidad del argumento de la Corte, según el cual la exclusión de pena por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos es una amnistía anticipada, con lo cual, según la sentencia, perdería "sentido una eventual amnistía o indulto que cobije a los delitos políticos y a los delitos conexos, como quiera que éstos últimos, desde su comisión, estarán exentos de sanción. La ley penal ordinaria, se limita a refrendar la violencia y a anticiparse a la decisión política de la amnistía o indultos futuros". Esta aseveración es totalmente inexacta, y deriva del error de la Corte de creer que la eventual amnistía es el único beneficio para los delitos políticos puesto que, como ya lo vimos, la exclusión de pena no prefigura una amnistía futura, la cual puede perfectamente no ocurrir, sino que constituye el dispositivo necesario para penalizar benévolamente la rebelión,

2 Ver Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Anteproyecto de 1974. Acta No 69 del 5 de septiembre de 1973.

tal y como lo autoriza la Carta. Uno de los principales fundamentos de la sentencia pierde entonces todo valor.

De otro lado, la decisión de inexequibilidad del artículo 127 del estatuto penal contradice las normas constitucionales que señalan que los delitos políticos no generan inhabilidades, ni son susceptibles de extradición, por cuanto tales normas ordenan -o al menos autorizan- un tratamiento punitivo benévolo a esas conductas, el cual requiere la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate.

3- Delito político, combatientes y derecho internacional humanitario en la tradición constitucional colombiana.

Las anteriores no son las únicas debilidades de la sentencia. Según nuestro criterio, la Corte también ignora la tradición jurídica colombiana relativa al alcance del delito político y al tratamiento favorable al mismo, y eso es grave, pues esa tradición fue recogida y profundizada por el Constituyente de 1991. Para demostrar lo anterior resulta pertinente que nos interroguemos sobre qué es delito político y cuál ha sido la respuesta del ordenamiento jurídico colombiano al respecto.

Así, los criterios para tipificar el delito político pueden reducirse a dos: **objetivo** y **subjetivo**.

El primero atiende, para la construcción de la figura delictiva, al bien jurídico que pretende amparar: esencialmente al régimen constitucional, circunscribiendo la delincuencia política a las conductas que el propio legislador juzga lesivas de dicho bien. Tal el caso del Código Penal colombiano que en el título II del libro 2o., tipifica la rebelión, la sedición y la asonada como "delitos contra el régimen constitucional".

El segundo atiende sólo (o primordialmente) al móvil que anima al agente en el momento de perpetrar el hecho, independientemente del objeto jurídico inmediatamente vulnerado. Por ejemplo: un magnicidio cometido por una persona, sin relación alguna con un movimiento rebelde o sedicioso, pero por motivos político-sociales, encuadraría dentro de la mencionada categoría, aún cuando las instituciones estatales no resultan más vulneradas de lo que resultan con la comisión de cualquier delito común. Fue ése el derrotero indicado por la Escuela Positiva Penal.

En nuestro sistema prevalece, sin duda, el criterio objetivo pero en armonía con un ingrediente teleológico, a saber: que el alzamiento en armas tenga como propósito el derrocamiento del gobierno o la modificación del sistema vigente, es decir, que el móvil que informe la conducta de los alzados en armas sea inequívocamente político, razón de ser del tratamiento benévolo que para ellos se consagra. Tal propósito específico es elemento constitutivo del tipo y se constituye en el símbolo de esta categoría delictiva.

Sobre los criterios consagrados en nuestro ordenamiento para distinguir el delito político del común y la justificación de dar al primero un tratamiento más benévolo que al segundo, se ha pronunciado ya la Corte en múltiples ocasiones. Un buen ejemplo se encuentra en

la Sentencia C-009 de 1995, donde -con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa- dijo la Corporación:

"El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención".

Y en la Sentencia C-171 de 1993, con ponencia del mismo Magistrado, había dicho:

"La Constitución es clara en distinguir el delito político del delito común. Por ello prescribe para el primero un tratamiento diferente, y lo hace objeto de beneficios como la amnistía o el indulto, los cuales sólo pueden ser concedidos, por votación calificada por el Congreso Nacional, y por graves motivos de conveniencia pública (art. 50, num. 17), o por el Gobierno, por autorización del Congreso (art. 201, num. 2o.). Los delitos comunes en cambio, en ningún caso pueden ser objeto de amnistía o de indulto. El perdón de la pena, así sea parcial, por parte de autoridades distintas al Congreso o al Gobierno, -autorizado por la ley, implica un indulto disfrazado".

Esto muestra que desde que nuestro país se constituyó en República independiente bajo el influjo -entre otras- de la filosofía que inspiró la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", ha sido casi una constante en sus Constituciones y en sus leyes penales, el tratamiento diferenciado y generalmente benévolo del delito político. Al respecto pueden citarse como ilustrativos algunos hechos: la ley de mayo 26 de 1849 eliminó la pena de muerte, vigente entonces en el país, para los delitos políticos; la Constitución de 1863 la abolió para todos los hechos punibles, pero cuando la Carta del 86 la reimplantó, en su artículo 30, excluyó expresamente los delitos políticos. Es decir: que mientras la pena capital fue abolida para todos los delitos sólo en el Acto Legislativo de 1910, para los delitos políticos ya lo había sido desde 1849. El Código Penal de 1936, que acogió el criterio peligrosista del positivismo italiano, disminuyó notablemente las penas contempladas para los delitos políticos en el Código de 1890, con la tesis, tan cara a Ferri y Garófalo, de que los delincuentes político sociales, por las metas altruistas que persiguen, no son temibles para la sociedad. Así mismo, cabe recordar que el artículo 76, ordinal 19, de la anterior Constitución facultaba al Congreso para conceder amnistía por delitos políticos, y el 119, ordinal 4 autorizaba al Presidente a conceder, de acuerdo con la ley, indulto por ese mismo tipo de infracciones.

Dicha tradición sólo vino a sufrir una modificación radical en la década de los 70, y muy especialmente en el decreto 1923 de 1978 -de estado de sitio-, conocido como "estatuto de seguridad" en el que la pena para la rebelión que era de seis meses a cuatro años de prisión, se cambió por presidio de 8 a 14 años (igual a la del homicidio). Dentro de esa misma tendencia autoritaria, instrumentada casi invariablemente a través de decretos de

estado de sitio, debe citarse la atribución de competencia a las cortes marciales, para juzgar a los sindicados de delitos políticos, proscrita de manera expresa por la Carta del 91.

Por último conviene resaltar, que la definición de delincuente político en Colombia se ha estructurado, como bien lo indican algunos intervinientes, y como lo han mostrado importantes investigaciones históricas sobre el tema[3], en torno a la noción del combatiente armado, por lo cual las definiciones del derecho internacional humanitario han jugado un importante papel. El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas. Así, durante el Siglo XIX, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia concluyeron que la única manera de conferir penas más leves a los alzados en armas era considerar que la rebelión era un delito complejo, de suerte que los otros hechos punibles cometidos en función del combate armado, quedaban subsumidos, como delitos medios, en la rebelión como tal. Tal fue la fórmula adoptada, durante la Regeneración, por el código penal de 1890, el cual señalaba, en su artículo 177 lo siguiente:

Se considerarán como parte de la rebelión los actos consiguientes al objeto de este delito, como ocupación de armas y municiones, llamamiento de hombres al servicio de las armas, separación de sus funciones a los encargados de la autoridad, ejercicio de las funciones atribuidas por las leyes a los diferentes empleados o autoridades, resistencia a viva fuerza a las tropas que obran a nombre de la autoridad pública y finalmente, distribución y recaudación de contribuciones de carácter general, en las cuales se grave a los individuos sólo en consideración a su riqueza.

Durante el siglo XX, el tratamiento punitivo favorable se realizó en nuestro país instituyendo la conexidad o exclusión de responsabilidad por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos, que es un dispositivo jurídico que cumple la misma función que la definición del delito político como una conducta compleja, que subsume los otros hechos punibles. Así lo estableció el artículo 141 del estatuto penal de 1936 y la norma demandada en la presente ocasión.

La tradición jurídica colombiana relativa al delito político puede entonces ser resumida así: distinción entre delito político y común con base en un criterio predominantemente objetivo, en armonía con elementos teleológicos; tratamiento favorable a estos hechos punibles; caracterización del delincuente político como combatiente armado, a la luz del derecho internacional humanitario o, según la terminología de la Constitución de 1886, del derecho de gentes. Y en todo ello juega una papel esencial el dispositivo de la conexidad. Por ello creemos que la presente sentencia, al retirar del ordenamiento la exclusión de pena de

3 Ver al respecto el detallado y concluyente trabajo de Iván Orozco Abad. Combatientes, rebeldes y terroristas. Guerra y derecho en Colombia. Bogotá: Temis, IEPRI, 1992.

los delitos cometidos en combate por rebeldes y sediciosos, desestructura totalmente la noción de delito político, tal y como había sido entendido hasta ahora por nuestra cultura jurídica. Ahora bien, según nuestro criterio, al desconocer esa tradición, la Corte no ha hecho una innovación jurisprudencial sino que ha cometido un error hermenéutico de talla, pues si bien la Constitución de 1991 no define el alcance del delito político, resulta razonable pensar que no hubo la intención de apartarse del concepto dominante en esta materia, por las siguientes razones: de un lado, por el origen y la composición de la Asamblea Constituyente, pues ésta surge de procesos de paz exitosos y participan en ella antiguos combatientes guerrilleros, que se habían beneficiado del tratamiento benigno al delito político, por lo cual es lógico pensar que ese cuerpo quiso mantener la concepción de delito político existente en ese entonces. De otro lado, no existe en los debates de la asamblea ningún cuestionamiento al tratamiento del delito político y a la figura de la conexidad, a tal punto había consenso en esa materia. Finalmente, el propio texto constitucional es indicativo de esa voluntad de preservar la definición tradicional de delito político, no sólo por cuanto la Carta mantiene la distinción entre delito político y delito común sino también por la constitucionalización del derecho internacional humanitario. En efecto, si en Colombia la noción de rebelde y la figura de la exclusión de pena de los delitos en combate había sido construida a la luz del derecho de los conflictos armados, resulta absurdo pensar que la Carta de 1991, que preceptúa que "en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario", haya pretendido prohibir el dispositivo de la conexidad, que se desprende naturalmente del derecho de la guerra. Resulta mucho más razonable concluir, como lo sugieren algunos de los intervinientes, que la constitucionalización del derecho humanitario implica no sólo la prohibición de ciertas conductas en las hostilidades sino, además, la necesidad de consagrar legalmente la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad o barbarie, figura que constituye a nivel del derecho interno el equivalente jurídico de la no punibilidad de los actos de guerra en las confrontaciones internacionales.

Por todo lo anterior concluimos que la inexequibilidad del artículo demandado no sólo rompe la tradición jurídica colombiana sobre el tema sino que -y eso es lo grave en este caso- desconoce el concepto de delito político que surge de la Constitución. En efecto, tanto el análisis de las normas constitucionales específicas que se refieren al delito político y al derecho humanitario, como el estudio de la tradición preconstituyente sobre el tema, conducen a una sola conclusión: la Carta de 1991 ha establecido un modelo muy depurado de tratamiento diferenciado y benigno para el delito político, a tono con la filosofía democrática que le sirve de sustrato, modelo que implica, o al menos autoriza, la exclusión de pena para los delitos cometidos en combate por los rebeldes y sediciosos.

4- La debilidad de los otros argumentos de la sentencia y la demanda.

En los anteriores párrafos hemos mostrado que la decisión de inexequibilidad de la norma acusada contradice el concepto constitucional de delito político, así como los preceptos de la Carta que prohiben la extradición por tales delitos y los excluyen como causal de inhabilidad para acceder a determinados cargos públicos. Así las cosas, y conforme a la llamada demostración por el absurdo, o "reducción al absurdo", las anteriores razones parecen suficientes para concluir que la norma acusada debió ser mantenida en el ordenamien-

to. En efecto, conforme a esta forma argumentativa, si asumimos una determinada tesis "p" y mostramos que ésta conduce a resultados contradictorios, absurdos o inaceptables, entonces debemos concluir que la tesis válida es la negación de la premisa de partida, esto es, la proposición "no p". Es pues lógico concluir que la Corte debió declarar la exequibilidad de la disposición impugnada.

Con todo, se puede considerar que nuestros anteriores argumentos no son suficientes. Según tal criterio, si bien la decisión de inexequibilidad puede ser aparentemente inconsistente con las normas constitucionales que señalan que los delitos políticos no permiten la extradición ni generan inhabilidades, no por ello se debía mantener en el ordenamiento la disposición acusada, por cuanto pueden existir otras razones constitucionales de mayor peso en favor de la inconstitucionalidad de esa norma.

Reconocemos que esta objeción puede tener sustento, ya que las normas constitucionales suelen entrar en conflicto, por lo cual no basta para invalidar una opción hermenéutica que se demuestre que ésta no es totalmente consistente con una o varias normas aisladas, puesto que la interpretación cuestionada puede encontrar un sólido sustento en otras normas constitucionales, que tengan mayor fuerza normativa en el caso concreto. Sin embargo, esto no sucede en la presente ocasión pues, una vez presentado el tratamiento privilegiado que la Constitución confiere al delito político, las otras razones invocadas por la Corte o el demandante para sustentar la inexequibilidad de la norma acusada, no son convincentes, como se verá a continuación:

- En primer término, la sentencia y el actor sostienen que la norma implicaba un trato discriminatorio, desventajoso, para los miembros de la fuerza pública cuyos derechos a la vida, a la integridad física y al trabajo quedaban sin protección, en contra de lo dispuesto por la normatividad superior y por los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Pero este argumento no es válido pues no es cierto que no se consagre pena alguna para los hechos punibles ocurridos "en combate". Se prevé como imponible, la establecida para el delito de rebelión o sedición, según el caso. Y no puede ser de otro modo, por las razones que atrás quedaron consignadas. Pero es más: de lo que la conexidad implica no puede inferirse que el legislador tenga en menos estima el derecho a la vida y a la integridad de los miembros de la fuerza pública que el de los restantes miembros de la comunidad. Lo que sucede es que, por fuerza de las cosas, quien hace parte de las fuerzas armadas tiene el deber, constitucional y legal, de combatir a los rebeldes y sediciosos y tal deber comporta un riesgo mayor para su vida y su integridad personal que el de quienes no tienen ese deber profesional. El militar y el policía se definen en función de la actividad altamente valiosa pero fatalmente azarosa que cumplen: prevenir desórdenes y reprimir alzamientos. Y dicha actividad la despliegan, precisamente, para proteger los derechos de los demás ciudadanos, quedando los suyos más expuestos que los de las demás personas. El Estado no se desentiende de ellos pero no puede protegerlos con la misma eficacia que los de otros porque es inevitable que quien tiene por oficio la defensa de los derechos ajenos, arriesga sensiblemente los propios. Y no puede ser de otro modo, en lo que hace al aspecto fáctico, porque se requeriría entonces otro ejército que protegiera al ejército y otra policía que protegiera a la policía y así sucesivamente hasta el absurdo.

Y en lo que hace relación a la mayor benevolencia normativa, lo cierto es que si se adoptara la misma dialéctica del demandante y de la sentencia, podría contraargüirse que también se discrimina desfavorablemente a los rebeldes y sediciosos, en tanto que titulares del derecho a la vida y a la integridad personal, que sin duda lo son, cuando no se dispone investigar, ocurrido un combate, cuál de los miembros de la fuerza pública hirió o dio muerte a un combatiente, a fin de establecer si el hecho es justificado o hay lugar a imposición de pena.

Por eso el Derecho Internacional Humanitario, pensado y puesto para situaciones de guerra, se orienta esencialmente hacia la protección de los derechos de los no combatientes, sin que pueda formulársele el reproche de que indebidamente se desentiende de los derechos de los combatientes. Un ejemplo claro lo encontramos en el artículo 13 del Protocolo II, adicional a los convenios de Ginebra, que en su ordinal 3o. dispone: "Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, **salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación"** (subrayado nuestro)". La sentencia efectivamente cita esa del citado Protocolo pero desvirtúa su alcance, pues deduce de esa disposición que ella no se refiere al castigo de los delitos cometidos por rebeldes y sediciosos. Sin embargo, tal y como quedó claramente señalado en la sentencia C-225 de 1995, Fundamento Jurídico No 28, ese artículo es un desarrollo del llamado principio de distinción, según el cual las partes en un conflicto armado deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Esto significa que, desde el punto de vista del derecho humanitario, el combatiente enemigo es un objetivo militar, y puede por ende ser atacado, mientras que la población civil goza de inmunidad. La diferencia de trato encuentra entonces su fundamento en la existencia misma de la guerra y en las reglas del derecho humanitario, por lo cual se adecua a la Carta. Y es que las situaciones de guerra no toleran, por su naturaleza misma, normatividades diseñadas para situaciones pacíficas. Y la rebelión y la sedición son, sin duda alguna, supuestos de guerra interna.

- En segundo término, en cuanto a la alegada violación del derecho al trabajo que, a juicio del actor, se sigue del artículo demandado, tampoco es admisible por una razón a la vez simple y evidente: quien opta por el oficio de las armas, lo hace libremente, y a sabiendas de los peligros que envuelve. No puede pretender que una vez que se ha optado por él, el Estado le quite todo lo que tiene de azaroso, porque no está en manos de nadie hacerlo y, además, por que si fuera posible, lo trocaría en otro distinto del que se eligió y esto sí atentaría contra la libre opción. Y en el caso de las personas que prestan el servicio militar obligatorio, éstas no cumplen sus funciones en ejercicio de la libertad de trabajo, sino en cumplimiento de un deber patriótico, ineludible, impuesto por el propio ordenamiento jurídico.

- En tercer término, la respuesta de la Corte a la dificultad fáctica de atribuir responsabilidades individuales en caso de combate no sólo no es convincente sino que tiene sesgos autoritarios peligrosos. Así, la sentencia transcribe *in extenso* un aparte de una decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual ese tribunal sostiene que la figura de la llamada "complicidad correlativa" sigue existiendo en nuestro estatuto penal, a pesar de no haber sido reproducida nominalmente

por el Código Penal de 1980, pues debe entenderse que es una forma de participación en el hecho punible. A partir de esa cita, la Corte Constitucional deduce que "no es cierto que en un combate no pueda individualizarse la responsabilidad, ni que esa supuesta imposibilidad conduzca a la impunidad general". Aun cuando el razonamiento no nos parece totalmente claro, pues la presente sentencia no explica adecuadamente el tema, sin embargo creemos que la figura de la complicidad correlativa no soluciona el problema fáctico de la atribución de responsabilidades individuales a los distintos rebeldes por los diversos delitos cometidos en un combate. En efecto, ¿qué sucede si en un combate muere un soldado como consecuencia de la acción de los alzados en armas pero no se logra determinar cual de los guerrilleros lo mató? ¿Significa lo anterior que todos los guerilleros capturados deben responder como cómplices correlativos de homicidio? Esa respuesta no sólo no nos parece admisible sino que creemos que es jurídicamente peligrosa, pues es totalmente contraria al principio de individualidad de la responsabilidad penal. Ademas, ella desnaturaliza la figura de la complicidad correlativa, ya que ésta exige que haya certeza de que todas las personas condenadas fueron autores o cómplices del homicidio o las lesiones, aun cuando sea imposible individualizar cuál o cuáles fueron los autores, y cuál o cuáles los complices. Sin embargo, éso es precisamente lo que resulta prácticamente imposible esclarecer en un combate, por lo cual el problema fáctico probatorio subsiste.

- En cuarto término, no es cierto que la norma acusada desconozca el derecho a la paz e incite a la guerra política, pues el alzamiento armado contra el régimen constitucional sigue siendo una conducta sancionada penalmente. Lo que sucede es que, por las razones largamente expuestas en este salvamento, la Constitución ordena un tratamiento punitivo benévolo, que sólo puede lograrse por el dispositivo de la conexidad.

- Finalmente, la sentencia argumenta que la disposición impugnada viola el derecho y deber de la paz, por cuanto estimula aleja "las posibilidades de convertir los conflictos armados en conflictos políticos", pues coloca "el combate por fuera del derecho". Nada más alejado de la realidad, pues la exclusión de pena de los delitos en combate tiene en el fondo una doble finalidad. De un lado, como ya lo hemos visto, se busca conferir un tratamiento más benévolo al alzado en armas. Pero, de otro lado, de esa manera se pretende civilizar el conflicto armado, puesto que sólo dejan de sancionarse los delitos en combate que no constituyan actos de ferocidad o barbarie. Y es que desde una perspectiva filosófica (liberal), el rebelde no es asimilado por la legislación a un facineroso. Por eso hay absoluta coherencia en la norma cuando excluye de ese trato benévolo "los actos de ferocidad, barbarie o terrorismo". Por que éstos no son propios de alguien que, en función de móviles altruistas, resuelve perseguir la consecución de sus ideales por medios jurídicamente reprochables, pero no contradictorios con propósitos nobles y sociales, que son los que el legislador demócrata y pluralista juzga respetables.

Por esa razón, conforme a la norma declarada inexequible, el juez penal debía discernir cuidadosamente las conductas punibles que quedan subsumidas (por conexidad) en el delito político, de las acciones vitandas, llevadas a término con ese pretexto y que no sólo son punibles en sí mismas sino demostrativas de que se está enfrente de otro género de delincuencia. En síntesis: una cosa es la dificultad práctica que existe, en un medio abrumado

por todo tipo de violencia, de distinguir al guerrillero del bandido, y otra muy distinta la aseveración de que en un régimen democrático no hay cabida para el tratamiento diferenciado que merece el rebelde.

Los argumentos que acaban de exponerse, encuentran respaldo en la jurisprudencia de esta Corporación. Pueden citarse, entre otras, las Sentencias C-127 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez), C-214 de 1993 (Ms. Ps. José Gregorio Hernández y Hernando Herrera) y C-069 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En la citada en primer término se deslinda claramente el delito político del terrorismo, y en todas ellas se ratifica la justificación de que se subsuman en él hechos punibles que se presentan como consecuencia del combate y que se excluyan los hechos atroces, reveladores de ferocidad o barbarie, señalándose entre ellos, uno, por desventura demasiado frecuente entre nosotros, cometido a menudo por organizaciones delictivas que dicen perseguir fines políticos, con el objeto de financiar su actividad ilegal: el secuestro.

En efecto, en la sentencia C-127-93 dijo la Corte:

Es de tal gravedad la conducta terrorista que los beneficios constitucionalmente consagrados para el delito político no pueden extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechando la situación de indefensión de la víctima... El delito político es diferente del delito común y recibe en consecuencia un trato distinto. Pero, a su vez, los delitos, aun políticos, cuando son atroces, pierden la posibilidad de beneficiarse de la amnistía o el indulto.

Luego en la sentencia C-214-93 afirmó:

Es claro que el homicidio que se comete fuera de combate y aprovechando la indefensión de la víctima, para traer a colación apenas uno de los muchos casos en los cuales no hay ni puede establecerse conexidad con el delito político, no es susceptible de ser favorecido con amnistía e indulto dado su carácter atroz, ni podría por tanto ser materia de diálogos o acuerdos con los grupos guerrilleros para su eventual exclusión del ordenamiento jurídico penal ni de las sanciones establecidas en la ley.

Finalmente, en la sentencia C-069-94 expresó:

El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan a la sociedad, así, en principio, sus víctimas directas sean uno o varios individuos en particular. El Estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad... Siendo pues un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados.

Así las cosas, el artículo declarado inexequible, lejos de estimular la ferocidad en la confrontación armada, como equivocadamente lo sostiene la sentencia, era una tentativa por civilizar el conflicto armado interno, pues sólo podían ser subsumidos en la conducta de rebelión aquellos delitos en combate que no violaran las obligaciones de los insurrectos de respetar, en todo momento, las reglas del derecho humanitario. Y de esa manera, al civilizar el conflicto, esa norma contribuía a aclimatar la paz en el país. En efecto, en la sentencia C-225 de 1995, esta Corporación estableció con claridad la profunda relación que existe entre la búsqueda de la paz y la humanización del conflicto armado. Dijo entonces la Corte:

Una vez ocurrido un conflicto, la humanización de la guerra no descarga tampoco al Estado de su responsabilidad de restablecer el orden público, para lo cual cuenta con todos los recursos jurídicos proporcionados por el ordenamiento, puesto que, como se señaló anteriormente en esta sentencia, la aplicación del derecho internacional humanitario no suspende la vigencia de las normas nacionales.

Esto muestra con claridad que el derecho humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Y a su vez, como bien lo señalan la Vista Fiscal, los representantes gubernamentales y otros intervinientes, esta humanización de la guerra tiene una especial trascendencia constitucional en la búsqueda de la paz. En efecto, de manera insistente, la doctrina nacional e internacional han señalado que las normas humanitarias no se limitan a reducir los estragos de la guerra sino que tienen una finalidad tácita que puede ser, en ocasiones, mucho más preciosa: esta normatividad puede también facilitar la reconciliación entre las partes enfrentadas, porque evita crueldades innecesarias en las operaciones de guerra. De esa manera, al reconocer una mínima normatividad aplicable, una mínima racionalidad ética, el derecho internacional humanitario facilita un reconocimiento recíproco de los actores enfrentados, y por ende favorece la búsqueda de la paz y la reconciliación de las sociedades fracturadas por los conflictos armados.

En ese orden de ideas, creemos que la Corte se equivoca profundamente cuando afirma que la norma declarada inexequible convertía a las partes en el conflicto armado interno en "enemigos absolutos, librados a la suerte de su aniquilación mutua". Por el contrario, esa disposición tendía a civilizar la confrontación, en la medida en que privilegiaba los actos de combate que se adecuaban a las reglas del derecho humanitario, mientras que penalizaba las violaciones a estas normas. Por ello, y ojalá nos equivoquemos, lo que efectivamente puede intensificar la ferocidad de la guerra entre los colombianos es la propia decisión de la Corte, pues ésta desestimula el respeto de las reglas del derecho humanitario. En efecto, si a partir de la sentencia, un homicidio en combate es sancionable en forma independiente como si fuera un homicidio fuera de combate ¿qué interés jurídico podrá tener un alzado en armas en respetar las normas humanitarias? Desafortunadamente ninguno, por lo cual, paradójicamente, en nombre de la dignidad humana, la sentencia corre el riesgo de estimular la comisión de conductas atroces de parte de los rebeldes y los sediciosos.

5- Más allá del razonamiento jurídico: ¿cual es la respuesta democrática a la insurrección armada?

Toda la argumentación de la Corte parte en el fondo de un presupuesto filosófico, a saber, que la respuesta de las democracias constitucionales al desafío planteado por los alzamientos armados debe ser la penalización integral de los mismos, por lo cual se deben sancionar todos los delitos, incluso aquellos que se hayan cometido en combate y respetando las reglas del derecho humanitario. Existiría pues un único modelo democrático universal para enfrentar estos retos, que obviamente tiene que ser también el que, según la Corte, debe encontrarse en nuestra Constitución. Esto explica que la sentencia haga varias referencias a la penalización de la rebelión en otros países, como España o Argentina, en donde se sancionan también los delitos cometidos en combate por los alzados en armas. O también la afirmación de que la tendencia en las democracias consolidadas es a rehusar el calificativo de político a toda conducta violenta.

Ahora bien, nosotros no negamos que es posible que en muchos países europeos existe la tendencia a eliminar el delito político, de suerte que en esos ordenamientos la figura jurídica de la rebelión prácticamente ha desaparecido, para ser sustituida por el terrorismo. Tampoco negamos que en otros regímenes constitucionales se considere necesario penalizar los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos. Sin embargo, de ello no se desprende que la Constitución de 1991 exige esa penalización en nuestro país, por la sencilla razón de que, como lo hemos mostrado, nuestro ordenamiento acoge otro modelo más benévolo de tratamiento punitivo a los alzamientos armados.

Por todo ello creemos que la sentencia se fundamenta esencialmente en consideraciones de filosofía política, y no en una adecuada interpretación de la Constitución. Esas reflexiones de la Corte pueden entonces ser muy respetables desde un punto de vista filosófico y ético. Igualmente estamos convencidos de que nuestros colegas, al adoptar esta difícil decisión, han puesto su mayor empeño en contribuir a la paz y se han esforzado por alcanzar la que consideran es la mejor sentencia para el país. Sin embargo, creemos que jurídicamente sus consideraciones son incorrectas, pues nuestra función como jueces constitucionales no es imponer a la sociedad colombiana nuestra particular filosofía política sobre cómo las democracias deben enfrentar los desafíos del delito político, problema esquivo y de enorme complejidad, y que por ende escapa a nuestras competencias. Nuestra tarea es mucho más elemental y modesta: en este caso se trataba simplemente de verificar si la regulación legal acusada constituía un tratamiento del delito político ajustado a la manera como la Carta regula esta materia. Y, por las razones que hemos expuesto, para nosotros la respuesta era claramente afirmativa.

Pero incluso en el campo filosófico, el análisis de nuestros colegas no nos parece adecuado, pues no sólo no existe una única respuesta punitiva al problema del delito político sino que no estamos convencidos de que la punición extrema sea la respuesta propia de un régimen democrático pluralista al complejo desafío planteado por la rebelión armada.

Así, Francisco Carrara expresaba su perplejidad ante las dificultades que encontraba

para captar la esencia del delito político, en frases como éstas: "Mori deplora de modo cruel la hospitalidad que las naciones cultas les conceden a esos individuos (delincuentes políticos); pero entre tanto los pactos internacionales de los pueblos cultos los excluyen de la extradición. De un lado se exigen excepcionales formas judiciales y jueces selectos para aumentar sus garantías; de otro, se buscan formas más rápidas y juicios anormales para hacer más seguro el castigo; acá, persecuciones e investigaciones cuidadosísimas; allá, favorecimiento continuo y toda facilidad para la fuga; acá se estudia la manera de hacerles más rigurosas las penas; allá se busca un orden especial de penas más benignas... Carmignani combatió hasta el exceso la pena de muerte para los delitos comunes, pero se doblegó hasta reconocerla como necesaria para los delitos políticos... Guizot sostiene tenazmente la legitimidad de la pena de muerte en los delitos comunes, pero con esa misma tenacidad la rechaza en los delitos políticos. En Rusia, fue abolido el suplicio capital para los delincuentes comunes, pero se conserva con esmero contra los rebeldes. En Francia se admite el reinado de la guillotina contra los asesinos, pero no se acepta la pena de muerte contra los delincuentes políticos. ¿Cómo será posible que el pobre entendimiento humano pueda componer un orden filosófico racional en una materia en que impera tanta confusión?"[4].

Según nuestro criterio, la explicación es que el maestro no era consciente de que tales posturas antinómicas eran, simplemente, la manifestación de una dicotomía ideológica que tal vez ha existido desde siempre: la autoritaria y la democrática, que se plasman en formas de organización política con idéntico sello y cada una con su postura característica frente al comportamiento de los rebeldes.

La primera hunde sus raíces en la tradición del *crimen majestatis* que, según el propio Carrara, cubre casi dos milenios: desde el imperio romano hasta fines del siglo XVIII (1786) cuando es solemnemente abolido el título de *"lesa majestad"*.

El crimen de lesa majestad es una creación caprichosa del príncipe que, mediante ese instrumento, trata de preservar su poder absoluto. El contenido de este tipo de delitos cambia a voluntad del déspota pues la licitud o ilicitud de la conducta depende de lo que él estime más irrespetuoso para su dignidad o más peligroso para el mantenimiento de su statuquo. Tiberio, por ejemplo, creó toda una gama de crímenes de lesa majestad, tan extravagantes como estos: vestirse o desnudarse ante la estatua de Augusto; azotar a un esclavo delante de ella; llevar una moneda con su efigie a un prostíbulo; vender un fundo dentro del cual se hallara enclavada una estatua del emperador, todos ellos castigados con la muerte. Son las ofensas al gobernante, cuya persona se sacraliza, las que se juzgan atentatorias del orden -también sagrado- que él encarna y simboliza.

La segunda, en cambio, se nutre de la filosofía pluralista, respetuosa del punto de vista ajeno, tolerante con proyectos políticos que contradicen sus postulados y sus metas, dejando a salvo, eso sí, el principio de legitimidad, que rechaza toda posibilidad de acceso al poder por medios distintos de los establecidos en sus normas básicas. Al rebelde no se le

4 Programa de Derecho Criminal., Volumen VII, pág. 524- Temis, 1982.

sanciona, en el contexto de esta ideología, por los proyectos que busca realizar, sino por los medios que emplea en esa búsqueda.

Un hito histórico de esta forma de pensamiento se encuentra en la revolución francesa. La teoría contractualista de Rousseau, que sin duda tuvo influencia significativa en ese acontecimiento, contribuyó de manera notable a la consolidación de esta nueva postura, al establecer, mediante un compromiso de mutuo respeto, claros derechos y deberes correlativos entre gobernados y gobernantes. El empleo de la violencia para abolir las instituciones democráticamente conformadas, constituye una evidente violación a ese pacto, fundante de la sociedad abierta. Las declaraciones de Filadelfia, Virginia y Francia recogen un legado ideológico que puede resumirse así: la disensión y la heterodoxia no son delitos sino derechos. Al discrepante armado se le debe sancionar por armado, pero no por discrepante; y como el derecho penal culpabilista, corolario obligado de la filosofía política democrática, toma en consideración los móviles de la acción delictiva, a quien obra en función de ideales altruistas, se le debe tratar con benevolencia. Tal es el sustento filosófico del tratamiento penal más benigno del delincuente político frente al delincuente común. Tratamiento análogo al que recibe el combatiente en el derecho internacional, porque, en el contexto del derecho interno, el rebelde es homólogo del combatiente.

Por todo lo anterior creemos que la respuesta punitiva defendida por la Corte no sólo dista de ser la más democrática sino que, más grave aún, no corresponde al modelo de tratamiento punitivo benigno adoptado por la Constitución colombiana.

6. Una última y paradójica inconsistencia de la sentencia

Es indudable que al eliminar la conexidad, la Corte ha desestructurado el concepto de delito político, tal y como había sido entendido en el constitucionalismo colombiano, lo cual plantea un obvio interrogante: ¿qué queda entonces del delito político en nuestro país? Dos respuestas nos parecen posibles.

De un lado, se podría decir que los delitos políticos siguen siendo exclusivamente la rebelión, la sedición y la asonada, pero que ya no es posible subsumir en ellos otros hechos punibles conexos, como los homicidios en combate. Por ende, la Corte habría restringido muy fuertemente la noción de delito político. En efecto, conforme a esa argumentación, que sería la consecuencia natural de los criterios punitivos asumidos por la sentencia, sólo serían amnistiables o indultables esos delitos políticos pero no los hechos punibles conexos. Sin embargo, la Corte, contra toda lógica, pero afortunadamente para el país, no asume tal posición, pues señala que corresponderá al Congreso, al expedir una ley de amnistía o de indulto, determinar los delitos comunes cometidos en conexión con los estrictamente políticos que pueden ser objeto de ese beneficio punitivo. Y decimos que la Corte llega a esa conclusión contra toda lógica, pues la sentencia defiende una noción restrictiva de delito político y sostiene que la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate no es propia del concepto de delito político. Pero si eso así ¿por qué podrían amnistiarse esos delitos conexos, si la amnistía es prevista por la Carta exclusivamente para los delitos políticos y esos hechos punibles conexos no lo son? Pero decimos que afortunadamente la sentencia no es consistente en ese punto, pues una restricción de tal magnitud del concepto de delito polí-

tico tendría graves consecuencias para cualquier proceso de paz con los alzados en armas.

Por consiguiente, y paradójicamente, en relación con la posibilidad de indulto o de amnistía, la Corte podría haber ampliado enormemente la noción de delito político, pues ésta parece quedar casi a la libre apreciación del Legislador, quien definirá qué debe entenderse como delito político para efectos de conceder esos beneficios punitivos. En efecto, si el delito político ya no es esa conducta que podía ser analizada con los criterios objetivos y subjetivos clásicos y que, a la luz del derecho humanitario, se estructuraba en torno a la figura del combatiente, entonces ¿qué es delito político? La respuesta parece ser: delito político son aquellas conductas que, por graves motivos de conveniencia pública, el Congreso, por votación calificada, determine que son hechos punibles amnistiables o indultables. Así, al destruir la noción clásica de delito político, la sentencia estaría abriendo las puertas para que las más disímiles conductas puedan ser amnistiadas e indultadas. No deja de ser paradójico que eso se haga en nombre de la igualdad ante la ley penal y en defensa de los derechos fundamentales.

Fecha ut supra.

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

SENTENCIA No. C-469
septiembre 25 de 1997

SIMBOLOS PATRIOS-Significado

Los símbolos patrios -la bandera, el escudo y el himno- son la representación material de toda una serie de valores comunes a una Nación constituida como Estado. Por ello, estos símbolos se han considerado siempre como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan. Y por ello, también, la mayoría de las legislaciones del mundo los protegen, y sancionan su irrespeto como falta grave, a veces como delito.

HIMNO NACIONAL -Composición poético musical/**HIMNO NACIONAL**-No adopta contenido normativo/**PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION**

El Himno Nacional es una composición poético-musical cuyo sentido es honrar personajes y sucesos históricos, que contribuyeron al surgimiento de la nación colombiana. Su inspiración lírica, propia de la época de su composición, no adopta un contenido normativo de carácter abstracto que obligue a su realización por el conglomerado social. Materialmente, no crea, extingue o modifica situaciones jurídicas objetivas y generales; su alcance no es propiamente jurídico y, por tanto, no va más allá del significado filosófico, histórico y patriótico expresado en sus estrofas.El Himno, como símbolo patrio, constituye desde hace más de un siglo, parte del patrimonio cultural de la Nación, patrimonio que, por lo demás, goza de la protección del Estado, No tiene en sí mismo fuerza vinculante como norma de derecho positivo. A nadie obligan, pues, sus estrofas, y pretender lo contrario es caer en el absurdo.

Referencia: Expediente D-1593

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° de la Ley 33 de 1920 y 4° de la Ley 12 de 1984.

Actor: Alexander Sochandamandou

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA.

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa

y siete (1997)

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alexandre Sochandamandou, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexequibilidad de diez de las once estrofas del Himno Nacional de Colombia y las normas que lo adoptaron oficialmente (artículos 1° de la Ley 33 de 1920 y 4 de la Ley 12 de 1984).

Admitida la demanda por cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, se ordenaron las comunicaciones constitucionales y legales correspondientes, se fijó en lista el negocio en la Secretaría General de la Corporación para efectos de la intervención ciudadana y, simultáneamente, se dio traslado al procurador general de la Nación, quien rindió el concepto de su competencia.

Una vez cumplidos todos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

Las disposiciones impugnadas presentan el siguiente tenor literal:

"LEY 33 DE 1920

"sobre adopción del Himno Nacional de Colombia"

"El Congreso de Colombia decreta:

"Articulo 1. Adóptase oficialmente como Himno Nacional de Colombia la letra que lleva ese nombre, compuesta por el señor doctor Rafael Nuñez, y la música del Maestro Oreste Sindici."

"LEY 12 DE 1984

"Por la cual se adoptan los Símbolos Patrios de la República".

"El Congreso de Colombia decreta:

"Artículo Cuarto. El Himno Nacional de Colombia continuará siendo el que compuso Oreste Sindici con letra de Rafael Nuñez, ya adoptado por norma legal y aceptado universalmente por la comunidad colombiana."

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Estima el actor que la letra del Himno Nacional y las normas antes transcritas que lo adoptaron son violatorias del preámbulo de la Constitución Nacional y de los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 41, 43, 44, 67, 70, 95, 209 y 226 ibídem.

2. Fundamentos de la demanda

El actor considera que el Coro del Himno constituye "una apología a la violencia y al sadomasoquismo al enseñar que el bien germina del dolor..." etc; que la estrofa *"Cesó la horrible noche... etc."*, implica discriminación religiosa; que la estrofa *'Independencia grita el mundo americano..." etc*, entre otras cosas "predica la rebelión armada por cuanto anima a bendecir la pasión" etc; que la estrofa "*del Orinoco el cause ...*" *etc.*, "inspira a la guerrilla, a los paramilitares y a ciertos organismos del Estado, a provocar admiración o infundir espanto mediante la crueldad y la matanza"; que la estrofa *"A orillas del Caribe..." etc.*, es inconstitucional por razones no explicadas claramente; que la estrofa "*De Boyacá en los campos... etc.*"es inconstitucional por razones no explicadas claramente; que la estrofa *"Bolívar cruza el Ande ..." etc.*, es inconstitucional porque resucita a la antigua religión griega *(sic)* e insulta a los soldados a la independencia al compararlos con centauros, etc.; que la estrofa "*La Virgen sus cabellos ...*" *etc.*, es inconstitucional porque "tiene el carácter religioso de la confesión católica pues asegura que la Virgen madre de Jesucristo fue virgen", e incurre en discriminación racial al hablar del "alba tez" de la virgen; que la estrofa "*La Patria así se forma...*" *etc.*, es inconstitucional porque "alude a ciertas conductas espartanas como virtudes dignas de imitar y resucita a la antigua religión griega *(sic)*" etc.; que la estrofa *"Mas no es completa gloria ..." etc.*, es inconstitucional porque, entre otras cosas, anima a la lucha de clases; que la estrofa *"Del hombre los derechos ... etc."* es inconstitucional porque "enseña que el fin justifica los medios", "reivindica nuevamente la lucha armada", etc. En general, el demandante considera que el Himno no es factor de unidad nacional, "consagra y privilegia preceptos religiosos del cristianismo", es "un panegírico belicista que inspira la toma de las armas", es "un discurso apolillado de inconstitucionalidad", y lo hace objeto de otra serie de acusaciones.

IV. INTERVENCIONES CIUDADANAS

Intervinieron, en su oportunidad, para defender con distintos argumentos, la exequibilidad de la letra del Himno Nacional y de las normas acusadas, los ciudadanos Luis Duque Gómez, presidente de la Academia Colombiana de Historia; Roberto Velandia, secretario de la Academia Colombiana de Historia; Jorge Vélez García, presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia; David Mejía Velilla, miembro de la Academia Colombiana de la Lengua; Fabio Alberto Gómez Santos, apoderado del Ministerio de Educación Nacional; Carlos Fradique Méndez y José Vicente Sánchez Sossa. Igualmente intervino en el mismo sentido, aunque de manera extemporánea, el ciudadano Alvaro Namen Vargas apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho.

Para aducir la inexequibilidad de lo demandado, y con argumentos similares a los del actor, intervino la ciudadana Ana Francisca Serrato Correa.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En la oportunidad legal, el señor procurador general de la Nación se pronunció sobre la demanda presentada por el actor y solicitó a esta Corporación que se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

Para el señor procurador, el Himno Nacional es en sentido ontológico, un símbolo político que goza de protección constitucional y legal. El Preámbulo y los artículos 1,2,7,8,70 y 72 de la Constitución Política lo amparan, en la medida en que aquel es parte del patrimonio artístico y cultural de la nación y porque existe un interés general en protegerlo. Según el artículo 95-8 de la Constitución, los colombianos están obligados a proteger y respetar su Himno. Por otro lado, de acuerdo con el artículo 117 del Código Penal, constituye un delito el ultraje público de la Bandera, el Himno o el Escudo de Colombia. Así mismo, con el propósito de fomentar y preservar el respeto al Himno Nacional, el artículo 8 de la ley 198 de 1995 ordena a los canales de televisión y a las estaciones radiodifusoras emitir el Himno Nacional en determinados horarios.

La vista fiscal se extiende en consideraciones sobre el Himno como símbolo patrio y como "obra artística que expresa simbólicamente, mediante su letra y música, aspectos culturales, históricos, religiosos o políticos de una comunidad en un espacio y tiempo determinados, que deben ser comprendidos y valorados conforme a los dictados de la estética", y no a través de juicios de constitucionalidad. Anota el señor procurador que las normas impugnadas "no tienen la actitud ni la pretensión de convertir el Himno en una norma jurídica", y que aquel tiene la categoría de bien cultural de la Nación en razón a que alude a un pasado histórico común.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Por dirigirse la demanda contra normas contenidas en dos leyes de la República, es competente la Corte Constitucional para decidir sobre su constitucionalidad, según lo establecido en el artículo 241-5 de la Carta Política.

2. La materia

La demanda se dirige contra la letra del Himno Nacional de la República de Colombia y contra las normas legales que lo adoptaron como tal, a saber: el artículo 2° de la ley 33 de 1920 y el artículo 4° de la ley 12 de 1984. El libelista considera que la letra del Himno "es un discurso apolillado e inconstitucional", que viola el Preámbulo y veintisiete artículos distintos de la Constitución. En el libelo, se hacen diferentes glosas a cada una de las once estrofas del Himno, para concluir que todas ellas violan preceptos constitucionales, entre otras razones porque supuestamente ciertas expresiones incitan a la violencia, atentan contra la libertad de cultos, son discriminatorias, etc.

Como la demanda va dirigida, pues, tanto contra el contenido mismo del Himno Nacional -su letra- como contra las normas legales que la adoptaron, resulta pertinente referirse, en primer término, al significado de los símbolos patrios, -en particular del Himno-, luego, a los cargos que se hacen contra la letra del Himno Nacional de Colombia y, finalmente, a los cargos de inconstitucionalidad contra las normas legales que lo adoptaron.

3. Breve consideración sobre el significado de los símbolos patrios.

Los símbolos patrios -la bandera, el escudo y el himno- son la representación material de toda una serie de valores comunes a una Nación constituida como Estado. Por ello, estos símbolos se han considerado siempre como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan. Y por ello, también, la mayoría de las legislaciones del mundo los protegen, y sancionan su irrespeto como falta grave, a veces como delito. Así ocurre en Colombia, por ejemplo, donde el Código Penal (Art. 117) consagra como delito su ultraje público y lo sanciona con prisión de seis meses a dos años. No puede ser de otro modo, si se tiene en cuenta que la ofensa infligida a uno de estos símbolos se entiende como hecha al honor y al sentimiento de todo un pueblo que ve en ellos encarnado su ideal de patria.

No considera necesario la Corte entrar en esta Sentencia a explicar lo que han representado los símbolos patrios para los distintos pueblos desde la más remota antigüedad. Baste recordar que su historia se remonta a las tribus de Israel, pasa por los pueblos del Asia Menor, la antigua Grecia y Roma, se prolonga a través en la Edad Media y el Renacimiento y adquiere particular relievancia en todos los Estados modernos, al formalizar, por así decirlo, la adopción de esos símbolos como representación distintiva de cada Estado. Esta tradición inmemorial se mantiene, pues, y no hay Estado del mundo que no ostente hoy sus propios símbolos, y que no los consagre como representación del ser nacional.

4. La demanda en cuanto a la letra del Himno Nacional.

Respecto del Himno Nacional de Colombia, cabe recordar que fue compuesto hace más de cien años, con letra del presidente y poeta Rafael Núñez y música del maestro italiano Oreste Sindici; que lo fue dentro del estilo romanticista de la época -como, por lo demás, lo fueron casi todos los himnos nacionales que hoy conocemos; y que desde sus primeras ejecuciones públicas esa composición fue calando hondamente en la conciencia popular, de suerte que puede afirmarse que, de hecho, fue adoptado desde entonces como Himno de la República. Aunque su adopción oficial como tal se hizo apenas en 1920, por la Ley 33 de 28 de octubre de ese año, puede asegurarse, pues, que desde hacía tiempo ese Himno, con su letra y con su música se había incorporado al patrimonio cultural de la Nación. Ya en la época contemporánea la Ley 12 de 1984 refrendó esa versión oficial, reconociendo que ese Himno era *"el aceptado universalmente por la comunidad colombiana"* (Art. 4).

Si bien es cierto la letra del Himno Nacional, al menos en algunas de sus estrofas, puede ser objeto de glosas de carácter literario -como suele suceder, por lo demás, con cualquier tipo de composición poéticas o musical-, debe insistirse en que ese texto corresponde al estilo literario de la época en que fue compuesto, estilo romántico, rico en metáforas, que tienden, todas ellas, a exaltar la gesta libertadora. A ello se orientan todas y cada una de

sus once estrofas, que cantan al grito de independencia, a la soberanía popular, a la heroica lucha de los cartageneros ante el asedio español, a las batallas de Boyacá, del Bárbula, de San Mateo, de Junín y de Ayacucho, a la travesía de los Llanos por el ejercito libertador, al heroísmo de los próceres, a la epopeya de Bolívar, al sacrificio de Ricaurte, a la divulgación de los derechos del hombre por Nariño, al coraje de los soldados que participaron en la lucha por la libertad. En fin, exalta, como lo suelen hacer todos los himnos patrios, valores como la libertad, la independencia, el heroísmo, la abnegación, el sacrificio, el coraje, el orgullo patrio y la justicia.

La interpretación que hace el demandante de las diversas expresiones contenidas en cada una de las once estrofas del Himno Nacional de Colombia, no pasa de ser una interpretación meramente subjetiva. Afirmar, por ejemplo, que el Coro "constituye una apología a la violencia y al sadomasoquismo", o que la primera estrofa "es un elemento propagandístico" que da "implícitamente" a las autoridades de la Iglesia Católica "el poder de inmiscuirse en los asuntos del Estado", o que la segunda "predica la rebelión armada", o que la tercera "inspira a la guerrilla a los paramilitares y a ciertos organismos del Estado a provocar admiración o infundir espanto...", o que la sexta "resucita a la antigua religión Griega (sic) e insulta a los soldados de la Independencia al compararlos con los centauros", o que la octava "tiene el carácter religioso de la confesión católica, pues asegura que la Virgen madre de Jesucristo fue virgen" y que la tez de la Virgen era de color alba, y que "según esta afirmación también Dios es de tez alba, lo cual a más de ser una afirmación abyecta constituye la más extrema apología al predominio de la raza blanca sobre las demás", etc., no pasan de ser, como se ha dicho, interpretaciones personalísimas del demandante, sin ningún fundamento jurídico ni, menos aún, constitucional; son inclusive apreciaciones, muchas de ellas, carentes de sindéresis.

La Corte como se ha dicho, no considera procedente entrar a hacer su propio análisis interpretativo de cada uno de las estrofas y expresiones acusadas del h imno patrio. Pero para señalar lo inane de las acusaciones y poner de relieve la ligereza de las mismas, baste citar como ejemplo las referentes a la octava estrofa *("La virgen sus cabellos / arranca en agonía / y de su amor viuda / los cuelga del ciprés / Lamenta su esperanza / que cubre loza fría / pero glorioso orgullo / circunda su alba tez").* El libelista incurre en el craso error de que esta estrofa se refiere a la Virgen María, cuando es evidente que ella se refiere a una doncella ("virgen" con minúscula) cuyo prometido ha muerto en la guerra de Independencia, lo cual, pese a su dolor, le causa "glorioso orgullo". Lo del color "alba" de su tez, es una mera licencia poética que no tiene ninguna trascendencia, y menos aún la que pretende darle el demandante.

Se repite que su letra, al igual que las de cualquier otro himno, conforma una oda épica a las glorias, sacrificios, y aspiraciones de toda una comunidad. Su carácter es intemporal y su vocación, de eternidad, lo cual desde luego no lo hace intocable, aunque de hecho son muy raros los pueblos, acaso ninguno, que con el correr del tiempo hayan cambiado su himno por considerarlo "obsoleto" o, menos aún, circunstancialmente violatorio de un determinado orden constitucional. Descalificar un himno, en este caso el de Colombia, porque habla de guerras, de lucha, de sangre, de dolor, de coraje, es ignorar de manera crasa el hecho de que en él se canta a la lucha de un pueblo por obtener su libertad. Lucha

que en la mayoría de los casos, como fue el nuestro, se hizo a través de batallas, de sacrificio, de actos heroicos. Considerar que nuestro Himno quebranta el orden constitucional porque en su lenguaje metafórico habla de todos esos sentimientos alusivos a la gesta heroica de la independencia, resulta tan extravagante como considerar que nuestra bandera también lo quebranta por llevar el color rojo, como evocación de la sangre derramada por los próceres, o el amarillo, que alude a la riqueza de nuestro suelo representada con el oro, que también puede ser símbolo de codicia.

El Himno Nacional es entonces una composición poético-musical cuyo sentido es honrar personajes y sucesos históricos, que contribuyeron al surgimiento de la nación colombiana. Su inspiración lírica, propia de la época de su composición, no adopta un contenido normativo de carácter abstracto que obligue a su realización por el conglomerado social. Materialmente, no crea, extingue o modifica situaciones jurídicas objetivas y generales; su alcance no es propiamente jurídico y, por tanto, no va más allá del significado filosófico, histórico y patriótico expresado en sus estrofas.

El himno cumple así una función expresiva que interpreta la gesta de la independencia, sin comprometer ni condicionar la conducta social al contenido de su texto y, en manera alguna, pueden desprenderse de su contenido, efectos contrarios a su origen, o interpretaciones diversas que se aparten del sentido heroico de su canto. Su finalidad no pugna entonces con los principios y derechos reconocidos por la Constitución Política ni busca limitar su ejercicio. El hecho de representar un pasado heroico y de exaltar ciertos valores, recoge en él sólo el sentimiento de patria y la identidad de un pueblo. La exaltación de esos valores invita, precisamente, al acatamiento a los principios democráticos y pluralistas, a la defensa de la independencia nacional y al respeto a la integridad territorial, principios y valores reconocidos en los artículos 1°. y 2°. de la Constitución Política como fundamentales del Estado social de Derecho.

El Himno, como símbolo patrio, constituye pues, desde hace más de un siglo, parte del patrimonio cultural de la Nación, patrimonio que, por lo demás, goza de la protección del Estado, conforme al artículo 72 de la Carta Política. No tiene en sí mismo fuerza vinculante como norma de derecho positivo. A nadie obligan, pues, sus estrofas, y pretender lo contrario es caer en el absurdo.

5. Los Cargos contra los artículos 1° de la ley 33 de 1920 y 4° de la ley 12 de 1984.

De la confrontación del contenido del artículo 1° de la ley 33 de 1920 y 4° de la ley 12 de 1984 no se desprende violación alguna de la Constitución Política. Una cosa es la ley que adopta oficialmente un símbolo patrio, en este caso el texto del Himno Nacional, y otra el contenido de dicho símbolo. Ya se ha establecido, en el acápite anterior, que la letra del Himno en manera alguna resulta violatoria de la Carta Política. Lo único que han hecho las dos leyes demandadas ha sido reconocer oficialmente, con el lleno de todos los requisitos constitucionales, un hecho que ya, por una larga tradición, se había consolidado en la Nación. Tanto en 1920 como en 1984 el legislador actuó en ejercicio pleno de sus atribuciones, al concretar a través de una ley de la República, una necesidad sentida de la sociedad: el reconocimiento oficial de su Himno Nacional. El pueblo colombiano, al igual que

el de cualquiera otro Estado del mundo, tiene derecho a tener su propio himno y a satisfacer ese derecho se encaminan las dos leyes demandadas.

Por todas las anteriores razones, la Corte declarará exequibles los preceptos acusados, y ajustada a la Constitución la letra del Himno Nacional.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES los artículos 1° de la Ley 33 de 1920 y 4° de la Ley 12 de 1984.

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.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado
-Con aclaración de voto-

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. C-469 de septiembre 25 de 1997

SIMBOLOS PATRIOS-Sacralización sobrevalora la protección de la unidad nacional

No pugna con la Constitución que el Legislador adopte unos símbolos patrios, como una determinada bandera, un escudo o un himno nacional específico, ya que la propia Carta destaca, en el Preámbulo, que el fortalecimiento de la unidad nacional es uno de los valores esenciales del ordenamiento, y tales símbolos pueden contribuir a desarrollar un sentimiento de identidad nacional entre los colombianos. Sin embargo, lo anterior no significa que esos símbolos deban siempre ser considerados, como lo sugiere la sentencia, "como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan". Tampoco creo que la penalización del irrespeto a esos símbolos sea también legítima en todos los casos. La sentencia,indica que el artículo 117 del estatuto penal sanciona con prisión el ultraje público de estos símbolos. No puedo compartir la anterior afirmación, pues considero que tiende a sacralizar los símbolos patrios, con lo cual sobrevalora la protección de la unidad nacional, en detrimento de otros valores constitucionales, como el pluralismo y la libertad de expresión.

Referencia: Sentencia C-469/97. Demanda contra los artículos 1° de la Ley 33 de 1920 y 4° de la Ley 12 de 1984.

Con mi acostumbrado respeto, me veo obligado a aclarar mi voto en la presente sentencia. Coincido con la parte resolutiva de la decisión, pues considero que los artículos demandados, que adoptan oficialmente el himno nacional, son exequibles. Sin embargo, no comparto algunas de las afirmaciones de la parte motiva que tienden a sacralizar los símbolos patrios.

Según mi criterio, no pugna con la Constitución que el Legislador adopte unos símbolos patrios, como una determinada bandera, un escudo o un himno nacional específico, ya que la propia Carta destaca, en el Preámbulo, que el fortalecimiento de la unidad nacional es uno de los valores esenciales del ordenamiento, y tales símbolos pueden contribuir a desarrollar un sentimiento de identidad nacional entre los colombianos. Sin embargo, lo anterior no significa que esos símbolos deban siempre ser considerados, como lo sugiere la sentencia, "como objeto del respeto y la veneración de los pueblos que simbolizan". Tampoco creo que la penalización del irrespeto a esos símbolos sea también legítima en todos los casos, como también lo insinúa la parte motiva. En efecto, la sentencia, al indicar que el artículo 117 del estatuto penal sanciona con prisión el ultraje público de estos símbolos, agrega que "no puede ser de otro

modo, si se tiene en cuenta que la ofensa inflingida a uno de estos símbolos se entiende hecha al honor y al sentimiento de todo un pueblo que ven en ellos encarnado su ideal de patria". No puedo compartir la anterior afirmación, pues considero que tiende a sacralizar los símbolos patrios, con lo cual sobrevalora la protección de la unidad nacional, en detrimento de otros valores constitucionales, como el pluralismo y la libertad de expresión.

Así, si bien en general es válido que la ley sancione las afrentas a los símbolos patrios, en ocasiones esta protección plantea agudos problemas constitucionales. Supongamos por ejemplo que un grupo de personas protesta políticamente contra una determinada medida del Estado colombiano, por cuanto consideran que ha discriminado a una minoría étnica. Supongamos igualmente que, como elemento de esa protesta, estos manifestantes queman la bandera colombiana. ¿Podemos afirmar en tal caso que es necesario encarcerlar a estas personas porque han vulnerado el sentimiento patrio de todos los colombianos? La respuesta no es evidente, pues la quema de la bandera no fue efectuada con la intención de agredir el sentimiento nacional de los otros colombianos sino que fue un hecho simbólico para protestar contra una determinada política estatal. Por consiguiente, tales conductas generan muchos interrogantes constitucionales, que no son de fácil respuesta. Así, no es claro hasta qué punto esos actos contra los símbolos patrios pueden ser, en determinadas circunstancias, una manifestación de la libertad de expresión, la cual se encuentra protegida por la Constitución, en especial en el campo político.

Con lo anterior no quiero decir que las conductas de quema de banderas o similares no sean sancionables, pues no pretendo prejuzgar sobre la constitucionalidad del artículo 117 del estatuto penal. Simplemente quiero llamar la atención sobre la complejidad de esos temas, como bien lo muestra, por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los agudos problemas constitucionales suscitados por la quema de banderas o de libretas militares en ese país[1]. En cambio, creo que la presente sentencia desestima tales problemas, pues tiende a ignorar que la protección de la unidad nacional, que sirve de fundamento a la existencia de determinados símbolos patrios, es un principio constitucional que puede colisionar con otros principios de igual jerarquía, como el pluralismo o la libertad de expresión. Por ello, si bien la consagración legal de los símbolos patrios tiene sustento constitucional, por lo cual la Corte tuvo razón en declarar la exequibilidad de las normas impugnadas, ello no significa que tales símbolos deban ser sacralizados, ni que sea admisible cualquier forma de protección de tales símbolos, pues no podemos olvidar que Colombia es un Estado pluralista, que reconoce la dignidad y libertad de expresión de todas las personas.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

---

1 Ver, entre otros, los casos United States v O´Brien de 1968 y Texas v Johnson de 1989

SENTENCIA No. C-470
septiembre 25 de 1997

DERECHO A ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-casos especiales

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 (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 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. La Corte considera que, por 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.

RECOMENDACIONES DE LA OIT-Alcance interpretativo

No es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar. Esto concuerda con la Recomendación No 95 de la O.I.T de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

MUJER EMBARAZADA-Protección laboral/**MUJER EMBARAZADA**-Estabilidad Laboral/**MUJER EMBARAZADA**-Estabilidad Laboral/**MUJER EMBARAZADA**-Protección eficaz

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.Una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

MUJER EMBARAZADA-Mecanismo insuficiente de protección laboral

El mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo.

SENTENCIA INTEGRADORA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Ineficacia/ **OMISION LEGISLATIVA**

La única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Respeto/**SENTENCIA INTEGRADORA**-Finalidad

La Corte es respetuosa de la libertad de configuración del Legislador, pues simplemente, en función de la fuerza normativa de la propia Constitución, incorpora en el orden legal los propios mandatos constitucionales, con lo cual llena los aparentes vacíos legales. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas que es, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4), por lo cual es perfectamente legítimo integrar los contenidos constitucionales dentro de la regulación legal. Así, en el presente caso, lo único que hace la Corte es completar, con base en los principios constitucionales, la propia legislación expedida por el Congreso, señalando que carece de toda eficacia jurídica un despi-

do de una mujer embarazada, si el patrono no cumple los requisitos establecidos por el Legislador.

UNIDAD NORMATIVA/DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Caso de servidoras públicas

La Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicos, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales,o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

Referencia: Expediente D-1606

Norma acusada: Artículo 239 ordinal 3° del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990.

Demandante: Luis Antonio Vargas Alvarez

Temas: Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad.
Fundamentos e implicaciones constitucionales de la especial protección de la maternidad en el campo laboral: el derecho a una estabilidad reforzada.
Despido de mujer embarazada sin autorización previa: insuficiencia del mecanismo indemnizatorio previsto por la ley y necesidad de una sentencia integradora.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Luis Antonio Vargas Alvarez presenta demanda de inconstitucionalidad contra el ordinal 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, la cual fue radicada con el número D-1606. 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 239 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, y se subraya el ordinal tercero demandado.

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

1°) Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2°) Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres (3) meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3°) La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce (12) semanas del descanso remunerado de que trata este Capítulo, si no lo ha tomado.

III. LA DEMANDA.

El actor considera que la norma demandada viola los artículos 1°, 13, 16, 25, 29, 42, 43 y 229 de la Constitución ya que, según su criterio, la norma faculta al empleador a despedir a una mujer embarazada sin el permiso correspondiente. De esa manera se viola el debido proceso, puesto que el patrono puede prescindir de los servicios de un trabajador sin darle la oportunidad de defenderse, con lo cual se arroga "la posibilidad de administrar justicia de manera unilateral, sustituyendo un procedimiento y soslayando las consecuencias de la ausencia del mismo, a través del pago de una pingüe indemnización."

De otro lado, el demandante considera que la disposición acusada discrimina a la mujer embarazada, por cuanto no le otorga la misma protección de la cual gozan los trabajadores

aforados, quienes no pueden ser retirados de sus cargos sin que previamente se les haya levantado su fuero sindical. El actor precisa entonces al respecto:

Si bien, en la sentencia C-710 de 1996, la H. Corte hace una diferencia entre lo que es fuero de los sindicalistas, y lo que constituye la garantía de estabilidad de la mujer embarazada, para concluir que no existe violación del debido proceso porque sea un Inspector del Trabajo quien imparta la autorización para el despido, no está por demás señalar que, de todas maneras existe un tratamiento discriminatorio, puesto que tanto la maternidad, como el derecho de asociación sindical están plenamente garantizados por la Constitución, de donde se desprende que existe una clara discriminación, pues en tanto en relación con la mujer embarazada puede prescindirse aun de la autorización del Ministerio del Trabajo y sustituirla por una indemnización, en el caso de los sindicalistas el fuero no puede ser objeto de un tratamiento de esta naturaleza. Si al sindicalista se le pudiera despedir, sin levantarle el fuero sindical, y si se pudiera sustituir el procedimiento de levantamiento del fuero con una indemnización, se estaría colocando en grave riesgo la actividad sindical. En el caso de la maternidad, es evidente que se autorizan, por parte de la ley, actuaciones del empleador dirigidas a desconocer los derechos que la Constitución consagra para la mujer embarazada.

Conforme a lo anterior, el demandante también considera que esta indemnización atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la trabajadora embarazada y permite abusos en su contra, porque en realidad la norma faculta al empleador a retirarla cargo sin la autorización del Ministerio del Trabajo, con lo cual se castiga su opción de ser madre y se vulnera su derecho al trabajo. De esa manera, además, añade el actor, se viola el derecho de la mujer embarazada de acceder a la justicia, toda vez que se impide que la empleada en estado de gravidez pueda solicitar la intervención de la autoridad competente, con anterioridad a la decisión del empleador de retirarla del servicio. El actor reconoce que la afectada puede acudir con posterioridad a la justicia, pero considera que este recurso posterior es insuficiente, por lo cual se le debe conferir "la posibilidad de defenderse, antes de ser despedida de los cargos que el empleador le formule". Por ello considera que la norma acusada debe ser retirada del ordenamiento, ya que de esa manera "quedaría absolutamente prohibido el despido de la mujer embarazada, sin que medie autorización", con lo cual se podrá evitar que el empleador, por el hecho "de quedar en estado de gravidez una mujer, se arrogue la facultad de desconocer los preceptos constitucionales y legales con el solo hecho de pagar una indemnización que puede resultar insuficiente frente a las impredecibles consecuencias de un despido."

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES

El ciudadano Pedro Nel Londoño Cortés, en representación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, interviene para defender la constitucionalidad de la norma acusada. Para ello comienza por indicar que la Ley 50 de 1990, de la cual hace parte el ordinal acusado, pretende adecuar la legislación del trabajo a los cambios operado por la economía mundial en los últimos años. Pero no por ello la disposición vulnera los derechos de la mujer embarazada ya que, en armonía con el Convenio No 3 de la OIT, no sólo la ley laboral prevé la

licencia de maternidad sino que precisamente la disposición acusada prohibe el despido de la mujer embarazada y confiere a la mujer, en tales casos, la correspondiente indemnización. Según el interviniente, el actor, más que impugnar la constitucionalidad de la norma demandada, en el fondo lo que pretende es que se establezca "una acción de reintegro para la trabajadora despedida, similar a la prevista para los dirigentes sindicales con fuero", lo cual no parece compatible con la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad. Además, la declaratoria de inexequibilidad tendría efectos negativos para la protección de la maternidad, pues la mujer embarazada "quedaría incluso sin protección indemnizatoria". Finalmente, el interviniente considera que no existe violación de la igualdad por la diversa la garantía "del fuero sindical y la de la maternidad, por la potísima razón de que no son los mismos supuestos de hecho y ni siquiera existe identidad entre los mismos", tal como lo expresó la Corte en la sentencia C-710 de 1996.

V. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, solicita a la Corte declarar la exequibilidad del numeral impugnado pues considera que no existe ninguna violación a la protección de la maternidad. Para justificar lo anterior se refiere no sólo a las normas constitucionales que regulan la materia sino también a las disposiciones internacionales, en especial al Convenio 3 de la OIT, al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y a la Convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, aprobada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 dentro de la Asamblea General de la ONU, conforme a las cuales no se puede despedir a la mujer embarazada bajo pena de que se impongan sanciones al empleador. En ese orden de ideas, la Vista Fiscal considera que la norma acusada es un desarrollo de esos mandatos. Así, el numeral primero del artículo 239 del C.S.T. señala que "ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia", mandato "que implica la consagración de una garantía laboral para la mujer que se encuentra en estas particulares circunstancias, a fin de que pueda atender adecuadamente su salud y la de su hijo." Sin embargo, agrega el Procurador, es posible que el patrono retire del servicio a una trabajadora embarazada o lactante sin contar con la autorización oficial prevista por el artículo 240 del estatuto laboral, y es frente a tal caso que opera la protección prevista por la disposición acusada. Señala al respecto el Ministerio Público:

Frente a esta eventualidad, el numeral segundo de la citada disposición contempla la ***presunción legal*** *de que el despido se ha efectuado por causa de la gravidez o lactancia cuando ha sucedido* ***dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto****, caso en el cual el empleador deberá pagar una* ***indemnización*** *equivalente a los salarios de sesenta (60) días, sin perjuicio de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y del pago de doce (12) semanas del descanso remunerado, si no lo ha tomado.*

Dentro del contexto de las normas protectoras de la condición femenina, es claro que la indemnización constituye una ***sanción legal*** *para el patrono que ha transgredido la prohibición de dar por terminada la relación de trabajo con una mujer embarazada o en post-parto, sin mediar la autorización del Ministerio del Trabajo.*

La indemnización tiene además un sentido resarcitorio, porque es evidente que la terminación del vínculo laboral representa para la empleada grávida o lactante un ***perjuicio*** *que debe ser reparado por el patrono, pues desde el momento en que se produce el despido la mujer dejará de percibir los ingresos que constituyen la fuente de su subsistencia.*

De manera que la indemnización por despido injusto no constituye un procedimiento para prescindir de la fuerza de trabajo de la mujer embarazada o dentro de los tres meses posteriores al parto, porque para estos efectos se debe agotar el trámite contemplado en el artículo 240 del C.S.T., donde se le exige al patrono la autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal, quien otorgará el permiso cuando se configure algunas de las justas causas establecidas en la ley, con previa audiencia de la trabajadora.

La Vista Fiscal precisa además que la indemnización prevista por la norma acusada es general "para la trabajadoras, en tanto abarca la gestación y se extiende hasta tres meses después del alumbramiento." En cambio, agrega el Procurador, el amparo especial establecido en el artículo 241 del mismo Código Sustantivo es diverso pues, conforme lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta última norma obliga al empleador a conservar el empleo de la mujer que esté disfrutando de los descansos remunerados por parto, aborto, lactancia o de licencia por enfermedad debida al embarazo o parto, careciendo de efectos el despido que comunique durante estos períodos. Sin embargo, la Vista Fiscal no considera que haya violación a la igualdad pues se trata de "situaciones fácticas distintas que recibieron del legislador una tutela diferente, en cumplimiento del enunciado del artículo 13 fundamental".

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1. Conforme al artículo 241 ordinal 4° de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del ordinal 3° del artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, ya que se trata de una demanda de inconstitucionalidad en contra de un aparte de una ley de la República.

El asunto bajo revisión y los temas jurídicos a tratar

2- Según el actor, la norma acusada desconoce la protección a la mujer embarazada, puesto que en el fondo autoriza al patrono a despedirla, con el simple pago de una indemnización, que es insuficiente como instrumento de protección. De esa manera, según su criterio, se viola además la igualdad, ya que la mujer embarazada no cuenta con un amparo similar al de los líderes sindicales, quienes, en caso de ser despedidos sin autorización, deben ser reintegrados. Por el contrario, los intervinientes y la Vista Fiscal concluyen que la norma es exequible, pues precisamente prevé una sanción a todo patrono que despida sin autorización a una mujer dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses poste-

riores al parto. Además, según su criterio, no hay tampoco violación de la igualdad, pues la ley no tiene por qué proteger de la misma manera a la mujer embarazada y a los empleados que gozan de fuero sindical, tal y como la Corte lo señaló en la sentencia C-710 de 1996. Como vemos, el interrogante que se plantea, y que corresponde a esta Corporación resolver, es si la indemnización prevista por la norma acusada es o no un mecanismo suficiente para proteger los derechos constitucionales de la mujer embarazada y de su hijo. Sin embargo, previamente al estudio de este problema, la Corte debe analizar el alcance de la decisión tomada en la sentencia C-710 de 1996, la cual es citada por el interviniente como un elemento central para justificar la constitucionalidad de la norma acusada, a tal punto que parece considerar que el asunto ya habría sido resuelto por esa decisión.

Protección de la mujer embarazada, fuero sindical y principio de igualdad

3- La Corte, en la citada sentencia, declaró la exequibilidad de los apartes del artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, según el cual el patrono, para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o en los tres meses posteriores al parto, no requiere de una autorización judicial -como en el caso del fuero sindical-, sino que es suficiente la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. La Corte consideró que no existía violación a la igualdad pues el Legislador no se encuentra obligado a regular de la misma manera la protección del fuero sindical y de la mujer embarazada, ya que "no existe identidad entre los supuestos de hecho". Concluyó entonces la Corporación:

La protección que se consagra para la trabajadora en estado de embarazo, tiene por objeto que durante el período de gestación y cierto lapso después de éste, la trabajadora no sea despedida en razón a su estado. Para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón a su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización. Por tanto, cualquier decisión del patrono que modifique las condiciones de su contrato de trabajo, debe ser autorizada por el juez.

Las consecuencias por el despido en uno y otro caso, son distintas. En el caso de la trabajadora en estado de embarazo, se obliga al pago de una indemnización equivalente a sesenta (60) días de salarios, y al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado a que tienen derecho, si no alcanzó a disfrutar de ellas. En relación con el fuero sindical, el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir (salarios caídos), son las sanciones que se imponen al empleador que ha despedido o desmejorado las condiciones del trabajador amparado con fuero[1].

Esta decisión parece sugerir que sobre el asunto planteado en la presente demanda existe casi una cosa juzgada material, pues no sólo la Corporación señaló que el Legislador no estaba obligado a brindar a la mujer embarazada la misma protección que al trabajador aforado sino, además, por cuanto la sentencia hizo mención explícita de la norma acusada en

1 Sentencia C-710 de 1996. MP Dr. Jorge Arango Mejía. Consideración de la Corte No 12.

el caso *sub iudice*. En efecto, la sentencia se refiere a la sanción legal que se impone al patrono que desconoce la prohibición de despedir a una mujer embarazada, sin la correspondiente autorización del funcionario del trabajo, con lo cual podría pensarse que la Corte estaba reconociendo la legitimidad constitucional de la misma. Es pues necesario que esta Corporación analice el alcance de esa sentencia en relación con el problema constitucional a ser resuelto en el presente caso.

4- La Corte reitera que no existe violación a la igualdad si la ley establece mecanismos diversos de protección a la trabajadora embarazada y al empleado que goza de fuero sindical, por cuanto las situaciones son diversas, y pueden entonces ser reguladas en distinta forma. Así, en el caso del trabajador aforado, se trata de proteger el derecho colectivo del trabajo, en su triple dimensión (asociación sindical, negociación colectiva y posibilidad de huelga), por lo cual esta materia tiene un régimen jurídico especial, tanto a nivel internacional como en el plano constitucional. Por ejemplo, las asociaciones sindicales sólo pueden ser suspendidas o disueltas por la vía judicial (CP art. 39). En cambio, la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber la búsqueda de una igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts 5°, 13, 42, 43 y 44). Por consiguiente, el interviniente tiene razón en señalar que la sentencia C-710 de 1996 despejó el cargo del actor sobre la eventual violación a la igualdad, ya que puede ser diversa la regulación del fuero sindical y de la protección a la mujer embarazada. Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte haya reconocido en esa sentencia la legitimidad integral de la norma acusada, por simplemente haberse referido a ella como un ejemplo de la diversa regulación de esas materias, puesto que en esa ocasión no se trataba de estudiar el contenido material de esa disposición, la cual no se encontraba acusada. Por consiguiente, los otros problemas constitucionales planteados por el actor en el presente caso subsisten, por lo cual entra la Corte a analizar el alcance de la protección constitucional de la mujer embarazada, con el fin de poder determinar si la norma acusada se ajusta o no a los mandatos superiores.

La protección constitucional a la maternidad y la estabilidad en el empleo.

5- La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en nuestro ordenamiento constitucional. Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el artículo 43, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, "durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada." Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es, en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres (CP arts 1°, 13 y 43), pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres, "que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla[2]". En efecto,

2 Sentencia T-179 de 1993. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional (CP Preámbulo y arts 2°, 11 y 44), a tal punto que, como esta Corte ya lo ha destacado, el *nasciturus* recibe amparo jurídico en nuestro ordenamiento. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como "gestadora de la vida" que es[3].

En tercer término, y como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CP art. 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás (CP art. 44). En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se "busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos"[4].

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5° y 42). En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que, tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades[5], la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

6- Este deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación (CP art. 43), pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo. Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el artículo 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

---

3 Ver, entre otras, las sentencia T-179/93 y T-694 de 1996

4 Sentencia T-568 de 1996. MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

5 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-606 de 1995, T-106 de 1996. M.P. T-568 de 1996, T-694 de 1996, C-710 de 1996 y T-270 de 1997.

Igualmente, tal y como esta Corporación lo ha destacado[6], numerosos tratados y convenios internacionales que han sido ratificados por Colombia, los cuales tienen fuerza vinculante tanto para las autoridades como para los particulares (CP art 53), y constituyen criterios de interpretación de los derechos constitucionales (CP art. 93), estatuyen ese deber especial de protección a la mujer embarazada y a la madre en el campo laboral. Por no citar sino algunos ejemplos, la Corte destaca que la Declaración Universal de derechos Humanos, en el artículo 25, señala que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales". Por su parte, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales, aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, establece que "se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto." Igualmente, el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, expedida en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979, por la Asamblea General de la ONU, y aprobada por la ley 51 de 1981, establece que es obligación de los Estados adoptar "todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo" a fin de asegurarle, en condiciones de igualdad con los hombres, "el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano". Por su parte, el Convenio 111 de la OIT prohibe la discriminación en materia de empleo y ocupación, entre otros motivos por el de sexo. Pero es más; desde principios de siglo, la OIT promulgó regulaciones específicas para amparar a la mujer embarazada. Así, el Convenio No 3, que entró en vigor el 13 de junio de 1921 y fue aprobado por Colombia por la Ley 129 de 1931, señala en su artículo 3°:

En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;

b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;

c) recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y las del hijo en buenas condiciones de higiene: dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona.

7- La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que la madre, o la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidas por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces estaríamos desconociendo la "especial protección" que la Constitución y los instrumentos internacionales ordenan en estos eventos. Por consiguiente, los principios constitucionales del artículo 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, tal y como esta Corporación

6 Sobre la fuerza jurídica de estos instrumentos, ver, entre otras, las sentencias T-694 de 1996 y T-270 de 1997.

lo ha señalado en múltiples oportunidades, adquieren, si se quiere, todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida en forma especial por el ordenamiento. Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis y de la jurisprudencia de esta Corte, un verdadero "fuero de maternidad"[7], el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP art. 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las normas superiores ordenan.

8- 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 (CP art. 39). Igualmente, en anteriores ocasiones, esta Corporación también señaló que, debido al especial cuidado que la Carta ordena en favor de los minusválidos (CP art. 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 porqué la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión.[8]"

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

---

7 Ver sentencia T-568 de 1996. MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 5.

8 Sentencia T-427 de 1992. MP Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 7. Ver igualmente la sentencia T-441 de 1993. MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

> ***Artículo 11.***
> *(...)*
> *2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y* ***asegurar la efectividad de su derecho a trabajar,*** *los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:*
>
> *a-* ***Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad*** *y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;*
>
> *b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables* ***sin pérdida del empleo previo,*** *la antigüedad o beneficios sociales. (subrayas no originales).*

Nótese que esta Convención protege no sólo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que "el derecho al trabajo" es un "derecho inalienable de todo ser humano". Conforme a esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar. Esto concuerda con la Recomendación No 95 de la O.I.T de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance constitucional de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada. Según el artículo 4° de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto implica que se debe no sólo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras "durante la ausencia legal, antes y después del parto" sino que, además, se les debe asegurar "su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa". La Corte concluye entonces que las disposiciones constitucionales y las normas internacionales establecen una garantía reforzada a la estabilidad de las mujeres que se encuentran en ese estado.

9- Ahora bien, ¿cuál es el alcance de esta estabilidad reforzada y especial que el ordenamiento ordena en favor de la mujer embarazada? En anterior oportunidad, esta Corporación se interrogó sobre el sentido que se debía conferir a las disposiciones internacionales citadas en esta sentencia, en armonía con la "protección especial a la mujer, a la maternidad" señalada en el artículo 53 de la Constitución. La respuesta fue clara. Dijo entonces la Corte:

> *Los convenios suscritos por Colombia, debidamente ratificados, tienen* ***fuerza vinculante.*** *Si perentoriamente se prohibe el despido, por motivo de embarazo y se ordena la licencia de maternidad, bajo "pena de sanciones", si tal protección a la estabilidad laboral de la mujer embarazada y al derecho a la licencia por maternidad es obligatoria en Colombia por mandato de los artículos 93, 4 y 53 de la Constitución de 1991, entonces* ***hay que ponerle punto final a la inconstitucional e inhumana práctica de despedir del trabajo, sin justa causa, a la mujer embarazada.***

La Corte no puede sino reiterar las anteriores conclusiones. En efecto, en general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido[9], el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad. La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, como ya se explicó en esta sentencia, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a esas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar. Con tales criterios, entra entonces la Corte a examinar la legitimidad de la disposición impugnada.

Despido de mujer embarazada sin autorización previa: insuficiencia del mecanismo indemnizatorio.

10- La Corte considera que para comprender el alcance de la norma acusada es necesario estudiar en su conjunto el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo del cual forma parte, puesto que sólo de esa forma es posible desentrañar su sentido. Así, el primer numeral de ese artículo establece una regla que armoniza perfectamente con los principios constitucionales, pues señala que ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. Por su parte, el segundo ordinal, en armonía con el artículo 240 de ese mismo estatuto, y que fue declarado exequible por la sentencia C-710 de 1996, establece instrumentos para asegurar la eficacia de esa regla. En efecto, tales normas señalan que se presume que el despedido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, si tal despido se efectúa sin la autorización del inspector del trabajo, o del alcalde municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, el cual sólo puede conferir el citado permiso en caso de que se configuren las causas legales para que el patrono pueda

9 Ver, entre otros, Américo Pla Rodríguez. Curso de derecho laboral. Montevideo, 1978, Tomo II, Vol I, pp 250 y ss. Igualmente Oscar Ermida Uriarte. La estabilidad del trabajador en la empresa. ¿Protección real o ficticia? Montevideo: Acali Editorial, 1983, pp 15 y ss.

dar por terminado por justa causa el contrato, y luego de haber escuchado a la trabajadora y haber practicado las correspondientes pruebas. En efecto, esta Corporación precisó que las actuaciones ante el funcionario del trabajo, para adecuarse a la Constitución, "deben ajustarse a los principios del debido proceso, tal como lo preceptúa el artículo 29 de la Constitución. Así, este funcionario al momento de calificar la justa causa para despedir a una trabajadora en estado de embarazo, deberá permitir la participación de las partes, y valorar las pruebas recaudadas con fundamento en los principios de la sana crítica, permitiendo la publicidad y contradicción de las mismas"[10].

En tal contexto, el ordinal acusado estatuye que si una trabajadora es despedida sin la anterior autorización, entonces tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta, días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo, y, además, al pago de las doce semanas del descanso remunerado previsto por la ley, si no lo ha tomado.

11- En esas circunstancias, una pregunta obvia surge: ¿la indemnización prevista por el ordinal acusado es un mecanismo de protección suficiente para amparar el derecho constitucional que tiene toda mujer embarazada a una estabilidad laboral reforzada? Para resolver este interrogante, es necesario precisar el alcance del ordinal acusado.

Así, según algunos sectores de la doctrina, el despido de la mujer embarazada efectuado sin permiso previo es jurídicamente eficaz, por cuanto la sanción legal que se impone en estos casos es la indemnización prevista por la norma acusada. Según esta hermenéutica, el ordenamiento laboral establece dos amparos diferentes a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. De un lado, la indemnización prevista por el ordinal acusado, la cual opera cuando el patrono efectúa el despido dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin autorización previa del funcionario de trabajo. Y, de otro lado, el mecanismo de la ineficacia del despido previsto por el artículo 241 del mismo C.S.T. Según esta disposición, el patrono debe conservar el empleo de la trabajadora que se encuentre disfrutando de los descansos remunerados o de la licencia por enfermedad motivada por el embarazo o por parto, por lo cual "no producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique en tales períodos o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionadas". Por consiguiente, concluyen quienes defienden esta tesis, debe entenderse, *contrario senso*, que cuando el despido de la mujer embarazada se efectúa en períodos distintos a los descansos remunerados o a las licencias por enfermedad motivada por el embarazo, sin la autorización previa del funcionario competente, entonces la relación de trabajo termina, aun cuando el patrono se encuentra obligado a pagar la correspondiente indemnización.

Durante la vigencia de la anterior Constitución, la Corte Suprema tendió a considerar que tal era la interpretación autorizada del ordinal acusado. Así, en la sentencia del 4 de marzo de 1982, y con ponencia del Magistrado Fernando Uribe Restrepo, la Sala de Casación Laboral señaló al respecto:

---

10 Sentencia C-710 de 1996. MP Dr. Jorge Arango Mejía. Consideración de la Corte 12.

Es cierto que la entidad demandada no pago a la accionante las indemnizaciones que consagra la ley a favor de "la trabajadora despedida sin la autorización" de la autoridad competente, y de allí la condena acertadamente dispuesta por el ad quem. El resarcimiento a la trabajadora se cumple así mediante el pago de dicha indemnización. Y demostrada como está la justa causa, no opera la nulidad del despedido la cual tiene lugar únicamente cuando éste ocurre durante los períodos de descanso o de licencia por maternidad (C.S.T. arts. 236 y 237), por parto o aborto, según lo dispone claramente el artículo 8º del decreto 13 de 1967. Estos lapsos no pueden confundirse con el período de protección más general que consagra el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, que comprenden toda la duración del embarazo y hasta tres (3) meses después del parto. Durante este último período procede la necesidad de autorización para despedir, o la indemnización especial que la misma norma consagra, mientras que la nulidad del despedido y la consiguiente obligación de reintegrar, no es coextensiva y se limita según el texto expreso de la norma a los descansos o licencias legales por maternidad, propiamente dichos, conforme antes se indicó.

Ahora bien, la Corte Constitucional considera que si tal es la interpretación del ordinal acusado, la protección que esa norma consagra en favor de la maternidad es insuficiente. En efecto, no se debe olvidar que la mujer embarazada no goza simplemente de un derecho a la estabilidad -como cualquier trabajador- sino que la Carta y los instrumentos internacionales le confieren una estabilidad reforzada, por lo cual, durante el embarazo y durante un período razonable posterior al parto, la protección que la ley debe brindar a la estabilidad laboral de la mujer debe ser eficaz. Y ello no sucede en este caso pues, conforme a la anterior interpretación -y como bien lo señala el actor- el ordinal acusado no sólo estaría confiriendo eficacia jurídica al despido que se ha realizado sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo sino que, además, la indemnización prevista es a todas luces deficiente para salvaguardar los valores constitucionales en juego. Por tal razón, la Corte concluye que el ordinal acusado es de una constitucionalidad discutible, si se entiende que es una norma que autoriza el despido de una mujer embarazada, sin autorización previa del funcionario competente, pues el mecanismo indemnizatorio previsto no es idóneo para proteger efectivamente el derecho a trabajar de estas personas. Con todo, surge una pregunta: ¿significa lo anterior que la Corte debe declarar la inexequibilidad del ordinal acusado?

La decisión a tomar: la necesidad de una sentencia integradora.

12- La Corte considera que a pesar de la insuficiencia del mecanismo inmdemnizatorio previsto por la disposición acusada, no procede la declaratoria de inexequibilidad pura y simple de esa norma, por las siguientes razones. De un lado, esa decisión podría tener efectos negativos para la protección de la maternidad, pues la mujer embarazada quedaría sin la correspondiente indemnización, con lo cual su situación podría ser peor que antes de la sentencia de esta Corporación. En efecto, como lo sugiere el interviniente, podría entenderse que esta Corporación suprimió la sanción específica que la ley preveía para el despido injustificado, y sin autorización previa, de una mujer en estado de gravidez, con lo cual, para-

dójicamente, en nombre de la protección a la maternidad, se habría desmejorado la situación de las mujeres embarazadas.

De otro lado, la existencia de una indemnización en favor de la mujer embarazada, que ha sido despedida sin la previa autorización del funcionario del trabajo, no es en sí misma inconstitucional, puesto que bien puede la ley prever tales sanciones para reforzar la protección a la maternidad. El mecanismo indemnizatorio acusado es constitucionalmente cuestionable, no por su contenido intrínseco, sino debido a su insuficiencia, pues no ampara eficazmente la estabilidad laboral de las mujeres que van a ser madres o acaban de serlo.

Finalmente, y como también lo señala el interviniente, no podría la Corte, para corregir la situación, establecer una especie de acción de reintegro para las trabajadoras despedidas, similar a la prevista para los dirigentes sindicales con fuero, pues una determinación de esa naturaleza es propia del Legislador. En efecto, en principio no corresponde al juez constitucional sino a la ley establecer los remedios procesales para los distintos conflictos sociales, por lo cual no podría esta Corporación instituir, sin bases normativas, una acción especial para la protección de la estabilidad laboral reforzada que la Carta confiere a la mujer embarazada.

Sin embargo, lo anterior no significa que la Corte deba mantener en el ordenamiento el ordinal impugnado pues, como se vio, la protección que establece es insuficiente para salvaguardar la estabilidad laboral en casos de maternidad. Por todo lo anterior, la Corte considera que tanto la sentencia de inexequibilidad como la de exequibilidad de la norma acusada son problemáticas y no parecen aceptables en este caso. Un interrogante obvio surge : ¿cuál determinación debe tomar la Corte, teniendo en cuenta que a ella corresponde modular los efectos de sus fallos, con el fin de lograr la solución que mejor guarde la integridad y supremacía de la Constitución ?[11] Entra pues la Corte a estudiar cuál es la decisión procedente, la cual debe respetar las competencias propias del Legislador, pero requiere igualmente asegurar los derechos constitucionales de las mujeres embarazadas.

13- En casos de esta naturaleza, la Corte ha considerado que a veces es posible, en forma excepcional, subsanar la inconstitucionalidad que se ha constatado, proyectando los mandatos constitucionales en la regulación legal, por medio de una sentencia integradora, para lo cual es posible aprovechar los contenidos normativos de las propias disposiciones legales existentes sobre la materia[12]. En tal contexto, la Corte constata que existe una cierta incongruencia en la propia legislación laboral en relación con el despido de la mujer embarazada y la protección de la maternidad, la cual permite, como se verá, llegar a una solución adecuada en el presente caso.

Así, los dos primeros ordinales del artículo 239 del CST, interpretados en consonancia con el artículo 240 de ese mismo estatuto, prohiben todo despido de una mujer embarazada, sin que exista una previa autorización del funcionario del trabajo. En cambio, el ordinal

---

11 Ver, entre otras, las sentencias C-113/93, C-109/95 y C-037/96.
12 Ver sentencia C-109 de 1995. Fundamentos Jurídicos No 17 y ss.

tercero acusado, y conforme a la interpretación anteriormente señalada sobre su sentido, parece conferir eficacia jurídica a tal despido, aun cuando establece una indemnización en favor de la trabajadora. La tensión es evidente, pues mientras que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, con lo cual podría entenderse que el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico, el ordinal acusado, conforme a la interpretación de la Corte Suprema antes de la vigencia de la Constitución de 1991, restringe la fuerza normativa de esa prohibición: así, conforme a tal ordinal, el despido es válido pero genera una sanción indemnizatoria en contra del patrono y en favor de la trabajadora.

Sin embargo, la Corte Constitucional considera que ésa no es la única interpretación posible de ese ordinal, pues puede entenderse que, en la medida en que las primeras normas establecen unos requisitos sin los cuales no es posible terminar el contrato de trabajo a una mujer embarazada, entonces el despido que se efectúe sin tales formalidades carece de todo efecto jurídico. En efecto, las normas que gobiernan el despido de la mujer embarazada son los dos primeros ordinales del artículo 239, en armonía con el artículo 240 del CST, en virtud de los cuales el patrono debe cumplir unos pasos para poder dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer embarazada. Por ende, y conforme a principios elementales de teoría del derecho, resulta razonable suponer que si, con el fin de amparar la maternidad, la ley consagra esos requisitos mínimos para que se pueda dar por terminado el contrato de trabajo a una mujer que va ser madre, o acaba de serlo, y un patrono "despide" a una mujer en ese estado, sin cumplir tales exigencias legales, entonces es razonable concluir que el supuesto despido ni siquiera nace a la vida jurídica, por lo cual carece de todo efecto jurídico. En tales circunstancias, y conforme a esta hermenéutica, la indemnización del ordinal acusado no estaría confiriendo eficacia al despido sino que sería una sanción suplementaria al patrono por incumplir sus obligaciones legales.

14- Esta última interpretación es plausible pues armoniza con el tenor literal del ordinal acusado, puesto que éste no atribuye efecto al despido sino que simplemente consagra la sanción indemnizatoria. Con todo, podría argumentarse que esa hermenéutica no es válida pues el estatuto laboral no consagra expresamente la ineficacia del despido en tales casos, ya que limita esa figura al evento previsto por el artículo 241 del mismo C.S.T. Por ende, habría que concluir que la actual regulación restringe el mecanismo de la nulidad del despido a aquellos casos en que se efectúa o se perfecciona durante los descansos remunerados o las licencias ligadas a la maternidad (CST art. 241) mientras que en el resto del período en que debe ser protegida también la estabilidad laboral de la mujer que va a ser madre, o acaba de serlo, la ley prevé una indemnización (CST art. 239).

La Corte considera que, desde el punto de vista estrictamente legal, esa objeción tiene sentido, lo cual muestra que, antes de la Constitución de 1991, la interpretación de la Corte Suprema sobre el alcance del ordinal acusado era razonable. Sin embargo, ese entendimiento no es admisible conforme a los principios y valores de la actual Carta pues, como ya se vio en esta sentencia, la indemnización no constituye una protección suficiente para la estabilidad de la mujer embarazada. Además, y por las mismas razones, esta Corporación no encuentra ningún fundamento objetivo y razonable a que la ley establezca una diferencia de regulación tan acentuada entre las situaciones previstas por los artículos 239 y 241

del estatuto laboral, puesto que en ambos casos se trata de proteger el derecho constitucional a una estabilidad reforzada del que son titulares todas las mujeres por razón de la maternidad, y no sólo aquellas que se encuentran gozando de la correspondiente licencia o descanso remunerado. En tales circunstancias, la Corte encuentra que sería violatorio de la igualdad mantener esa diferencia de remedios procesales en ambos casos.

Por todo lo anterior, debe entenderse que los mandatos constitucionales sobre el derecho de las mujeres embarazadas a una estabilidad reforzada se proyectan sobre las normas legales preconstituyentes y obligan a una nueva comprensión del sentido de la indemnización en caso de despido sin autorización previa. Así, la única interpretación conforme con la actual Constitución es aquella que considera que la indemnización prevista por la norma impugnada no confiere eficacia al despido efectuado sin la correspondiente autorización previa, sino que es una sanción suplementaria debido al incumplimiento patronal de la prohibición de despedir a una mujer por razones de maternidad.

15- A la misma conclusión llegó el Consejo de Estado, al interpretar los alcances de los artículos 21 del decreto 3135 de 1968 y 2° de la Ley 197 de 1938, que establecen para los servidores públicos el mismo mecanismo indemnizatorio. En efecto, tales normas señalan que durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora oficial, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si se trata de empleada pública, por lo cual la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde presta sus servicios le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta días, si el despido se efectúa sin el cumplimiento de esas formalidades. Pues bien, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo, en sentencia posterior a la entrada en vigor de la nueva Carta[13], decidió que un municipio que había declarado insubsistente, sin la correspondiente resolución motivada, a una funcionaria que se encontraba embarazada, no sólo debía pagar la indemnización sino que, además, tal resolución era nula, por lo cual la entidad territorial debía reintegrarla a un cargo "de igual o superior categoría" y pagar "todos los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde el retiro del servicio como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia y hasta el día en que se efectúe el reintegro, descontando de esa suma lo que la señora Prada Castillo tenga derecho a recibir por licencia de maternidad". El Consejo de Estado justificó esa determinación con las siguientes consideraciones:

La jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a reintegro al cargo de la mujer retirada del servicio en estado de embarazo ha sido reiterada en el sentido de no ordenarlo, teniendo en cuenta que la misma ley prevé indemnizaciones en caso de despido injustificado durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o al aborto, y considerando sólo este período como de estabilidad.

Sin embargo, habida consideración de que el legislador ha querido brindar una pro-

13 Sección Segunda del Consejo de Estado. Sentencia del 3 de noviembre de 1993, expediente No 5065, C.P. Dra. Clara Forero de Castro.

tección especialísima a la maternidad, protección que la Constitución de 1991 ordena en su artículo 53, la Sala cree necesario hacer un replanteamiento de la jurisprudencia en esta materia.

En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro a cargo al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta protección consagran con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ella señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.

Concluye la sala entonces, que en estos casos, sí procede el reintegro al cargo, salvo cuando la autoridad nominadora demuestre dentro del proceso, que tuvo razones de buen servicio para despedir sin expresar la justa causa de que habla la ley, a la empleada embarazada dentro de los plazos en que estaba prohibido.

16- Por todo lo anterior, la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización sino que, además, el despido es ineficaz.

Esto significa que existe una suerte de omisión relativa del Legislador, puesto que el ordinal acusado no consagró una protección suficiente a la maternidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que, conforme a la sentencia C-543 de 1996, la Corte es competente para controlar estas omisiones relativas, es natural que esta Corporación, aplicando el principio de igualdad (CP art. 13), subsane esa omisión tomando en cuenta la regulación de un supuesto análogo, a saber, la regla prevista por el artículo 241 del CST, según la cual esos despidos carecen de toda eficacia.

La Corte procederá entonces a señalar en la parte resolutiva de esta sentencia que el ordinal acusado es exequible, pero en el entendido de que, debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses

posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Ahora bien, aunque el actor sólo impugnó el ordinal tercero del artículo 239 del CST, dado que éste sólo es inteligible dentro del precepto íntegro del que forma parte, y en vista de que las consideraciones que atrás quedan consignadas se refieren a la norma en su integridad, el pronunciamiento de la Corte se referirá a la totalidad del artículo 239 del estatuto laboral.

17- La Corte encuentra que esta decisión es la más adecuada pues tiene la virtud de salvaguardar los distintos principios y valores constitucionales en conflicto. De un lado, se protegen adecuadamente los derechos constitucionales de la mujer embarazada y se ampara la maternidad, pues se resguarda la estabilidad laboral de esas mujeres. Así, para que pueda haber en estos casos una terminación de contrato, es necesario que se obtenga el permiso previo del funcionario del trabajo, tal y como lo prevé el artículo 240 del CST, el cual debe determinar si existe o no la justa causa, tal y como lo ordena la ley. Además, se entiende que, como lo dice la sentencia C-710 de 1996, "la intervención del inspector en ningún momento desplaza al juez, quien asumirá, si a ello hay lugar, el conocimiento del litigio que se trabe para determinar si realmente hubo la justa causa invocada por el patrono". En tales circunstancias, si el patrono no cumple esos requisitos, entonces el supuesto despido no produce ninguna consecuencia jurídica, lo cual significa que la relación laboral trabajo se mantiene. La trabajadora sigue entonces bajo las órdenes del patrono, aun cuando éste no utilice sus servicios, por lo cual la empleada tiene derecho a percibir los salarios y las prestaciones sociales de rigor, pudiendo recurrir para su cobro a las vías judiciales pertinentes. Una vez terminado el lapso de protección especial debido a la maternidad, la trabajadora queda amparada por las normas laborales ordinarias, como cualquier otro empleado.

De otro lado, por medio de esta sentencia, la Corte es respetuosa de la libertad de configuración del Legislador, pues simplemente, en función de la fuerza normativa de la propia Constitución, incorpora en el orden legal los propios mandatos constitucionales, con lo cual llena los aparentes vacíos legales. El juez en este caso en manera alguna está legislando pues lo único que hace es dar aplicación al principio según el cual la Constitución, como norma de normas que es, tiene una suprema fuerza normativa (CP art. 4), por lo cual es perfectamente legítimo integrar los contenidos constitucionales dentro de la regulación legal. Así, en el presente caso, lo único que hace la Corte es completar, con base en los principios constitucionales, la propia legislación expedida por el Congreso, señalando que carece de toda eficacia jurídica un despido de una mujer embarazada, si el patrono no cumple los requisitos establecidos por el Legislador. La Corte no está entonces creando *ex nihilo* una nueva acción procesal, sino que simplemente está adaptando a la Carta la regulación expedida por el Congreso, para lo cual se fundamenta en los propios mecanismos de protección a la maternidad establecidos por el Legislador, quien obviamente no pierde su facultad para regular, de conformidad con la Carta, esta materia. En efecto, nótese que la sentencia, con fundamento en el principio de igualdad y en el derecho a la estabilidad reforzada de la mujer embarazada, simplemente amplía el marco de acción de la regla del ordinal segundo del artículo 241 del CST, según la cual ciertos despidos no producen efectos, a fin de proteger precisamente la maternidad. Esto significa que el reintegro es simplemente una conse-

cuencia de la ineficacia del despido de la mujer embarazada, cuando el patrono no cumple las formalidades establecidas por la ley.

Finalmente, la Corte Constitucional es respetuosa de la separación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria. En efecto, la sentencia no impone a los jueces una determinada comprensión de la ley con base en criterios y discusiones legales, sino que la interpretación que la Corte establece deriva de valores constitucionales, como el principio de igualdad (CP art. 13) y el derecho que tienen las mujeres que van a ser madres, o acaban de serlo, a una estabilidad laboral reforzada (CP arts 43 y 53)

Unidad normativa.

18- La Corte Constitucional constata que, en relación con los servidores públicos, la ley establece un mecanismo indemnizatorio similar para proteger la maternidad. Así, el artículo 2º de la Ley 197 de 1938, establece:

El artículo 3º de la Ley 53 de 1938 quedará así: La mujer que sea despedida sin causa que justifique ampliamente dentro del período del embarazo y los tres meses posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera dar lugar, conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rigen la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días.

Por su parte el artículo 21 del decreto 3135 de 1968 señala:

Prohibición de despido. Durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada, y mediante autorización del Inspector del Trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si de empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los periodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaja le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, el pago de ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado. (D.1848/69 art. 39)

La Corte precisa que el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 establece un descanso remunerado por razones de parto de doce semanas, y no de ocho como lo señala el artículo 21 del decreto 3135 de 1968. Ahora bien, ese artículo de la Ley 50 de 1990 no sólo habla en general de toda trabajadora, sin distinguir los ámbitos público y privado, sino que, además, expresamente señala que esos "beneficios no excluyen al trabajador del sector público", lo cual es además lo más conforme al principio de igualdad (CP art. 13). Por tales razones, la Corte concluye que en este punto la Ley 50 de 1991 subrogó parcialmente el artículo 21 del decreto 3135 de 1968, por lo cual se entiende que el descanso legal remunerado por parto

para las servidoras públicas es de doce semanas.

Así las cosas, la Corte considera que en este caso, y con el fin de amparar la estabilidad laboral de las servidoras públicas embarazadas, procede aplicar la regla de la unidad normativa (art. 6° del decreto 2067 de 1991), puesto que la Constitución protege la maternidad no sólo en el ámbito de las relaciones laborales privadas sino también en la esfera pública. Por lo tanto la Corte considera necesario extender los alcances de la presente sentencia integradora a estos artículos que regulan el mecanismo indemnizatorio en el caso de las servidoras públicos, aun cuando, como es obvio, sin que se desconozcan las reglas jurídicas especiales que rigen estas servidoras, según que se trate de relación contractual (trabajadora oficial) o de relación legal y reglamentaria (empleada pública). Por ello, la Corte precisará que la indemnización prevista por esas normas es exequible, siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

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 artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, tal y como fue modificado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, quien debe verificar si existe o no justa causa probada para el despido.

Segundo: Declarar EXEQUIBLES los artículos 2° de la Ley 197 de 1938 y 21 del decreto 3135 de 1968, en el entendido de que, en los términos de esta sentencia, y debido al principio de igualdad (CP art. 13) y a la especial protección constitucional a la maternidad (CP arts 43 y 53), carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente resolución motivada del jefe del respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-471
septiembre 25 de 1997

SENTENCIA INHIBITORIA POR NORMA SUBROGADA

Al comparar el precepto del 113 del C.C.A. con el art. 96 de la Ley Orgánica 5/92, fácilmente se deduce que esta última norma subrogó a aquélla, porque se ocupó de regular la misma materia, en lo que concierne a la intervención en los debates de las Cámaras de los diferentes organismos que tienen iniciativa constituyente y legislativa. Habiendo sido retirada del mundo jurídico la norma del art. 113 del C.C.A. y dado que la Corte entiende que lo demandado es todo su contenido normativo, por constituir una unidad, su decisión será inhibitoria.

Referencia: Expediente D-1608.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 (parcial) del Decreto 01 de 1984, "por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo".

Actor: María Elena Vega Valcarcel

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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 la ciudadana María Elena Vega Valcárcel contra un aparte del artículo 113 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo), con fundamento en la competencia que le asigna el art. 241-5 de la Constitución.

II. NORMA ACUSADA

Se transcribe a continuación el texto del art. 113 del Código Contencioso Administrativo, subrayando el aparte normativo que se acusa:

DECRETO 01 de 1984

Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.

(...)

ARTICULO 113. Intervención de los Consejeros de Estado en el Congreso. Los consejeros de Estado tendrán voz en el Congreso en la discusión de los proyectos que presente la Corporación.

Además, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 84 de la Constitución Política, tendrán voz en los debates de las cámaras o de la comisiones en los casos relativos a reformas constitucionales y administrativas.

Las cámaras también podrán pedir la asistencia de comisiones del Consejo de Estado para que intervengan en los debates de proyectos de ley que proponga o prepare por solicitud del Gobierno. En el primer caso las comisiones serán designadas por la Sala Plena de la Corporación y en el segundo por la Sala de Consulta y Servicio Civil.

III. LA DEMANDA.

Fundamenta la demandante su pretensión de inexequibilidad en los siguientes argumentos:

- El inciso final del artículo 113 del C.C.A. le otorga facultades discrecionales a las dos Cámaras del Congreso para citar o requerir la asistencia a las plenarias o a las comisiones de los Consejeros de Estado, con lo cual se "contraviene el principio de la separación de poderes, vulnerando de paso la autonomía e independencia de los jueces".

- De igual modo la norma acusada "conlleva implícita una atribución que contraviene lo dispuesto en los artículos 6o. y 121 de la ley suprema, en cuanto contiene un mandato que desborda claramente el ámbito funcional del Congreso".

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Mediante apoderado, en escrito del 14 de abril de 1997, intervino dicho Ministerio para solicitar, en primer término, que la Corte se declare inhibida para resolver de mérito la demanda interpuesta, en atención a que la demandante no señaló los fundamentos de su pretensión, es decir, no precisó el concepto de la violación de las normas constitucionales presuntamente quebrantados por la disposición acusada. Subsidiariamente pide que se declare la constitucionalidad de dicha disposición.

El primer planteamiento lo sustenta al señalar que, "en el caso que nos ocupa, la demandante, si bien menciona los preceptos constitucionales presuntamente afectados por la norma demandada, a más de la enunciación de los mismos, no propone razón alguna que sustente la violación".

En cuanto a la constitucionalidad del precepto acusado, advierte el impugnador, que "el principio de la separación de los poderes no implica de suyo que cada uno de ellos actúe dentro del Estado de manera aislada e independiente, y que por tanto, de ninguna manera se involucre el uno con el otro. Por el contrario, el artículo 113 al establecer que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, permite la realización de actividades conjuntas entre los órganos del Estado para conseguir los postulados que rigen la función estatal".

"En cuanto a la violación de la independencia del juez -continúa el Ministerio- no se vulnera por la norma demandada, en la medida en que ésta se predica respecto a su función connatural de administrar justicia y no respecto a su posibilidad de intervenir en el trámite legislativo de un proyecto de ley presentado o preparado por el Consejo de Estado o cualquier otro órgano de la rama judicial".

V. INTERVENCION DEL CONSEJO DE ESTADO.

El Consejo, mediante escrito presentado por su Presidente Dr. Juan de Dios Montes Hernández, solicita la exequibilidad de la norma demandada, teniendo en cuenta las siguientes razones :

1. El Consejo de Estado tiene iniciativa legislativa, según lo consignan los artículos 237-4 y 156 de la Constitución para proponer proyectos en materias relacionadas con sus funciones o con actos reformatorios de la Constitución. Adicionalmente se advierte, que la Sala de Consulta y Servicio Civil puede preparar para el Gobierno proyectos de ley que éste le encargue y luego presenta al Congreso, sin que por ello se comprometa la independencia del Consejo de Estado, criterio que coincide con el expresado por la Corte Constitucional en la sentencia del 5 de Febrero de 1996 al pronunciarse sobre la ley estatutaria de la justicia (L. 270/96).

2. En desarrollo de las mencionadas facultades, se justifica la presencia de los Consejeros de Estado en los debates ante las Cámaras, "lo cual significa que están facultados para explicar, referir, exponer, describir o ilustrar a los legisladores sobre las palabras, frases o incisos que integran los artículos y, en general, todo el texto de la propuesta legislativa". Es asi como la norma demandada establece "la posibilidad para los congresistas de invitar a los miembros del Consejo de Estado, con el objeto de que expongan el proyecto, ilustren a los legisladores sobre sus antecedentes así como también sobre los argumentos que justifican su expedición".

3. "Se debe aclarar -anota el escrito del Consejo- que no se trata de una citación como lo afirma el demandante, ni de un acto de presión contra los miembros de la rama judicial.

Consiste, repetimos, en la posibilidad que tienen los consejeros de acudir voluntariamente o por invitación ante los miembros de la rama legislativa, con el propósito de que puedan conocer y comprender mejor los temas propios del proyecto sometido a su conocimiento".

4. La participación del Consejo de Estado en los aludidos debates responde, por lo demás, al deber de colaboración entre las ramas del poder público, según los términos del artículo 113 de la constitución, "con el propósito de cumplir los deberes constitucionales y legales en beneficio del país".

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

La Procuraduría, en su concepto del 14 de Mayo de 1997, solicitó a la Corte negar las pretensiones de la demandante, para lo cual tuvo en cuenta las siguientes razones:

- Modernamente no se puede considerar la separación absoluta entre los órganos del poder público, "para dar paso a una separación en el ámbito funcional, permitiendo el ejercicio interactivo de las potestades públicas".

El sentido de la división de funciones de las ramas del poder público es el de permitir a cada una de ellas ejercer una función principal y específica, sin que por ello esté inhibida para concurrir al ejercicio de otras actividades interorgánicas.

- El artículo 38 de la ley Estatutaria de la Justicia (270 de 1996), le asignó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, entre otras funciones, la de preparar proyectos de ley y de Códigos que le encomiende el Gobierno Nacional para que luego pueda éste concretar dicha iniciativa ante Congreso. Atendiendo el criterio de la Corte Constitucional, señalado en la sentencia C-037/96, la Procuraduría admite que esa labor no atenta contra la posibilidad de que el Consejo de Estado prepare y presente proyectos de ley sobre asuntos de su competencia.

VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Consideraciones preliminares.

Según la Constitución (arts. 156 y 237-4), el Consejo de Estado tiene la facultad de preparar y presentar proyectos de actos reformatorios de la Constitución y proyectos de ley, en materias relacionadas con sus funciones.

En los términos del art. 38 de la ley 270/96, a la Sala de Consulta y Servicio Civil se le ha asignado la función de "preparar los proyectos de ley y de códigos que el encomiende el Gobierno Nacional".

El art. 96 de la ley 5/92 regula el derecho a intervenir en los debates relativos a proyectos de ley o de actos legislativos, en los siguientes términos:

"Derecho a intervenir. En los debates que se cumplan en las sesiones plenarias y en las

Comisiones, además de sus miembros y los Congresistas en general, podrán los Ministros y funcionarios invitados intervenir sobre temas relacionados con el desempeño de sus funciones y las iniciativas legislativas por ellos presentadas. Asi mismo, podrán hacerlo por citación de la respectiva Cámara".

"Sólo participarán en las decisiones, y por consiguiente podrán votar, los miembros de las Coporaciones legislativas (en plenaria o comisiones, con Senadores o Representantes, según el caso)".

"La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación y el Defensor del Pueblo, al tener la facultad de presentar proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones, pueden de igual manera estar presentes e intervenir para referirse a tales asuntos".

"En todas las etapas de su trámite, en proyectos de ley o de reformas constitucionales, será oído por las Cámaras un vocero de los ciudadanos proponentes cuando hagan uso de la incitativa popular, en los términos constitucionales".

2. Fallo inhibitorio por subrogación del art. 113 del C.C.A.

El actual Código Contencioso Administrativo, fue expedido mediante el decreto 001/84, en ejercicio de facultades extraordinarias. Concordante con los arts. 84 y 141-2 de la Constitución de 1886 los arts. 96-6, 98-3. 113 del C.C.A. regularon la competencia que le correspondía al Consejo de Estado, en ese entonces, para proponer reformas de la legislación o preparar a petición del Gobierno tal tipo de reformas, asi como la posibilidad de intervención en los debates ante las Cámaras Legislativas para explicar, defender y justificar las respectivas propuestas.

Al comparar el precepto del 113 del C.C.A. con el art. 96 de la Ley Orgánica 5/92, fácilmente se deduce que esta última norma subrogó a aquélla, porque se ocupó de regular la misma materia, en lo que concierne a la intervención en los debates de las Cámaras de los diferentes organismos que tienen iniciativa constituyente y legislativa.

Habiendo sido retirada del mundo jurídico la norma del art. 113 del C.C.A. y dado que la Corte entiende que lo demandado es todo su contenido normativo, por constituir una unidad, su decisión será inhibitoria.

VIII. DECISION.

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

RESUELVE:

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 113 del Código Contencioso Administrativo, por encontrarse subrogado por el art. 96 de la ley 5/92.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUNOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-472
septiembre 25 de 1997

NORMA SUBROGADA-Efectos actuales

Aun tratándose de procesos de control constitucional relativos a normas que han perdido su vigencia formal, cabe la sentencia de mérito si se encuentra que aquéllas continúan produciendo efectos, toda vez que estos últimos, en el caso de ser contrarios a la Constitución, no deberían tener aplicación si el imperio de la Carta Política es efectivo.

COMPETENCIA DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL

El Congreso de la República, titular de la función legislativa, mientras no contraríe preceptos fundamentales, puede señalar libremente los comportamientos que estime deban tener el carácter de delictivos, y atribuir a ellos las penas correspondientes, aumentarlas o disminuirlas, plasmar causales de atenuación y agravación punitivas, crear nuevos tipos penales, e inclusive suprimir delitos o establecer que en el futuro tengan el carácter de contravenciones.

CONCUSION-Pena imponible

La sociedad tiene derecho a que los servidores públicos que se aparten de las reglas establecidas para el cumplimiento de sus funciones o que pretendan obtener ilegítima ganancia a costa de los ciudadanos, reciban un castigo ejemplar, proporcionado a la gravedad de la ofensa que infieren, no solamente reflejado en pena privativa de la libertad sino en el aspecto patrimonial. Si los servidores públicos inmorales obtienen ganancia a partir de sus faltas, lo menos que puede esperar el conglomerado es que la ley afecte, así sea con multas cuantiosas, el producto económico de sus actos delictivos. Ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de figuras autónomas como el enriquecimiento ilícito y la extinción del dominio de los bienes mal habidos.

Referencia.: Expediente D-1617

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 140 (parcial) del Decreto 100 de 1980 (Código Penal).

Actor: Alexandre Sochandamandou

Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Alexandre Sochandamandou 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 140 (parcial) del Decreto 100 de 1980 (Código Penal).

Cumplidos como están los trámites y requisitos exigidos en el Decreto 2067 de 1991, se entra a resolver.

II. TEXTO

El texto acusado es del siguiente tenor literal (se subraya lo demandado):

"DECRETO 100 DE 1980
(enero 23)

"Por el cual se expide el nuevo Código Penal"

El Presidente de la república de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y

CONSIDERANDO:

DECRETA:

(...)
ARTICULO 140. Concusión.- El empleado oficial que, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión **de dos (2) a seis (6) años** e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años".

III. LA DEMANDA

Manifiesta el demandante que la pena establecida para el delito de concusión va en contra del principio de razonabilidad, al ser desproporcionada e inequitativa frente a otros delitos que por su gravedad sí ameritan una dosificación mayor.

Considera como violados los artículos 2, 4, 29 y 230 de la Constitución Política, al igual que su Preámbulo. A su juicio, con el delito contemplado en el artículo 140 no se atenta contra la vida, la integridad, ni la libertad de las personas, y la pena allí señalada es exagerada comparada con la que el legislador estableció para otros delitos que son más graves.

IV. INTERVENCIONES

El ciudadano Alvaro Namen Vargas actuando como apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita a la Corte que se declare inhibida para conocer de la presente demanda, por sustracción de materia, teniendo en cuenta que la norma acusada fue derogada por la Ley 190 de 1995.

Manifiesta que, a su juicio, la Corte sólo puede pronunciarse en materia constitucional respecto de aquéllas normas que estén vigentes y no sobre los efectos que se puedan desprender después de su derogatoria y la favorabilidad de éstas debe predicarse es en el caso concreto con el fin de mantener el principio del debido proceso.

Si, no obstante lo anterior, la Corte considera conveniente estudiar la constitucionalidad de la disposición demandada, afirma que el legislador tiene competencia para establecer las penas que deban imponerse al infractor de la ley penal, dentro de los parámetros impuestos por la Carta Política.

El criterio de la proporcionalidad y razonabilidad de la pena se hace frente a conductas similares y no respecto a todas, como lo sustenta el actor y de aceptarse sus argumentaciones quedaría entonces sin castigarse al delincuente y desprotegida la sociedad.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Para el Procurador General de la Nación, los términos acusados se ajustan a la Constitución. Solicita, por tanto, que se declare su exequibilidad, aun sobre el supuesto de haber sido ya modificados, en cuanto siguen rigiendo por razón del principio de favorabilidad.

Afirma que el legislador tiene la facultad de determinar las penas imponibles a los que infrinjan el ordenamiento penal, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El delito de concusión es lesivo del interés general y compromete a la administración por la indebida prestación del servicio por parte de uno de sus servidores.

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. Necesidad de adoptar fallo de fondo en el presente caso

La Corte Constitucional ha sostenido que la circunstancia de haber sido derogado o subrogado el precepto objeto de examen conduce, en principio, a la inhibición, por carencia actual de objeto, en lo que se conoce como **sustracción de materia**.

En efecto, para la Corporación, si ya el legislador ha retirado del ordenamiento jurídico la norma acusada y no existe motivo alguno para que se la aplique, o si ha sido reemplazada por otra, carece de sentido que el juez constitucional entre a verificar si ese contenido, ya no vigente, se opuso en su momento a la Constitución o no.

Pero, desde la Sentencia C-416 del 18 de junio de 1992, esta Corte resaltó que la sustracción de materia no debe conducir necesariamente a un fallo inhibitorio, "pues la importancia del control constitucional no reside únicamente en el efecto inmediato sobre la futura ejecutabilidad de la norma atacada sino que se extiende al establecimiento de una **doctrina** por medio de la cual el organismo encargado de velar por el imperio de la Carta Política señala el alcance e interpretación de los principios y preceptos que la integran".

Es así como aun tratándose de procesos de control constitucional relativos a normas que han perdido su vigencia formal, cabe la sentencia de mérito si se encuentra que aquéllas continúan produciendo efectos, toda vez que estos últimos, en el caso de ser contrarios a la Constitución, no deberían tener aplicación si el imperio de la Carta Política es efectivo.

Tal ocurre con la norma examinada, que, si bien fue objeto de modificación por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto anticorrupción), fijando la pena entre cuatro y ocho años, añadiendo la posibilidad de imponer al infractor multa de cincuenta a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes y dejando el término de interdicción de derechos y funciones públicas en un lapso equivalente al de la pena principal, la disposición anterior, aunque formalmente subrogada, sigue produciendo efectos para algunos procesos penales.

La Corte resolverá sobre la exequibilidad del texto, en su versión anterior, y, por unidad de materia, ya que se trata de la misma proposición jurídica, el fallo se referirá también a la norma tal como quedó después de introducida la modificación mencionada. No en vano la resolución judicial tiene por objeto en este caso examinar -a propuesta del actor- la proporcionalidad entre la pena prevista y la conducta proscrita por la ley penal.

3. Competencia del legislador para graduar las penas

A la inversa de lo ocurrido en procesos anteriores (aborto en casos de violación, homicidio piadoso y delitos sexuales), en esta oportunidad la censura formulada por el demandante se dirige a demostrar que las penas impuestas son demasiado altas y desproporcionadas respecto del daño social que las conductas respectivas causan.

Pero, como en aquéllas ocasiones, la respuesta de la Corte Constitucional ha de ser la misma: el Congreso de la República, titular de la función legislativa, mientras no contraríe preceptos fundamentales, puede señalar libremente los comportamientos que estime deban

tener el carácter de delictivos, y atribuir a ellos las penas correspondientes, aumentarlas o disminuirlas, plasmar causales de atenuación y agravación punitivas, crear nuevos tipos penales, e inclusive suprimir delitos o establecer que en el futuro tengan el carácter de contravenciones.

Al respecto se reitera:

"Así las cosas, mientras en el cumplimiento de la función legislativa no resulten contrariados los preceptos fundamentales (...), bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado".(Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-013 del 23 de enero de 1997).

(...)

"Siempre que las penas que se contemplen no sean imprescriptibles (artículo 28 C.P.) ni de aquellas expresamente prohibidas en la Carta, es el Congreso el órgano autorizado para definir su monto, de acuerdo con la gravedad de los hechos a los cuales ellas se aplican.

Y es lo cierto que la política criminal del Estado puede variar, bien en el sentido de disminuir las penas o de suprimir delitos, ya en el de hacerlas más severas, o en el de consagrar figuras delictivas nuevas, según las variaciones que se van presentando en el seno de la sociedad, tanto en lo relativo a las conductas que la ofenden, como en lo referente a la magnitud del perjuicio que causan, no menos que en la èvolución de los principios y valores imperantes dentro del conglomerado.

De allí que la proliferación de ciertos fenómenos criminales en un momento dado de la historia colectiva puede aconsejar, como ha ocurrido recientemente en Colombia con los delitos de índole sexual, que el Estado contemple tipos penales antes no previstos, o que haga más estrictas y gravosas las penas, con el objeto de atacar de manera más efectiva la raíz de los males causados por esos comportamientos, para lo cual justamente goza el legislador de la mayor discrecionalidad.

Es más, como la Corte lo ha destacado, en desarrollo de lo previsto por el artículo 2 de la Constitución, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, de donde resulta que la Rama Legislativa del Poder Público, que no es ajena a tan delicada responsabilidad, mal puede permanecer indiferente ante el ciamor social que pide la eficiencia del Estado con miras a la erradicación de conductas delictivas como las que se describen en las disposiciones acusadas, y tiene el deber constitucional de adoptar las medidas pertinentes en el plano legislativo". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-292 del 16 de junio de 1997).

Desde luego, la discrecionalidad del legislador no puede confundirse con la arbitrariedad. La creación de delitos, así como el señalamiento de penas, pueden ser objeto de exa-

men constitucional, a la luz de los principios y mandatos de la Carta, siendo claro que la Corte tiene la facultad de declarar que tales actos son inexequibles cuando quebranten aquéllos, o cuando resulten desproporcionados o irrazonables.

Así ha ocurrido, por ejemplo, con algunas disposiciones de la Ley 40 de 1993, denominada **antisecuestro** (Sentencia C-542 del 24 de noviembre de 1993. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía) y con el establecimiento de contravenciones que invertían la carga de la prueba (Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996).

Esos casos son extraordinarios, pues exigen una abierta oposición a los postulados constitucionales y, en últimas, el abuso por parte del Congreso de la discrecionalidad que le otorga su función.

En el asunto propuesto ahora por el actor, no aparece como irrazonable ni como desproporcionada la sanción contemplada por la norma en su primitiva versión (prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años), ni tampoco lo es la consagrada en el nuevo texto (prisión de 4 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal), si se considera la gravedad de la conducta perseguida por el legislador -que consiste en el abuso que haga el empleado oficial de su cargo o funciones para constreñir o inducir a alguien a darle o prometerle dinero o utilidad indebidos, o a hacer lo propio respecto de un tercero-, además de la alarmante ola de corrupción que viene afectando a la administración pública.

La sociedad tiene derecho a que los servidores públicos que se aparten de las reglas establecidas para el cumplimiento de sus funciones o que pretendan obtener ilegítima ganancia a costa de los ciudadanos, reciban un castigo ejemplar, proporcionado a la gravedad de la ofensa que infieren, no solamente reflejado en pena privativa de la libertad sino en el aspecto patrimonial. Si los servidores públicos inmorales obtienen ganancia a partir de sus faltas, lo menos que puede esperar el conglomerado es que la ley afecte, así sea con multas cuantiosas, el producto económico de sus actos delictivos. Ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de figuras autónomas como el enriquecimiento ilícito y la extinción del dominio de los bienes mal habidos (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-374 del 13 de agosto de 1997).

Se declarará la exequibilidad del precepto, en cuanto no viola norma constitucional alguna, y más bien desarrolla perentorios mandatos de la Carta Política, como los artículos 4 -inciso 2-, 83, 95, 123 -inciso 2- y 209, entre otros.

Las penas previstas eran constitucionales en la versión original del artículo impugnado y también lo son, según lo dicho, en la disposición consagrada por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995.

No se limitará la Corte a la sanción privativa de la libertad sino a todas las sanciones previstas, integrando así la proposición jurídica completa.

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:

Decláranse **EXEQUIBLES** las penas previstas en el artículo 140 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), en su versión original, para los casos en los que dicha norma siga surtiendo efectos, y en el artículo 21 de la Ley 190 de 1995.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL , Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-473
septiembre 25 de 1997

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJALES-Causales

De la lectura del artículo 110 de la Carta se concluye que la sanción de pérdida de investidura allí establecida es aplicable a todos los miembros de las corporaciones públicas que efectúen las contribuciones allí señaladas o constriñan a otros para hacerlo. Puesto que los concejales son integrantes de corporaciones públicas, debe concluirse entonces que la Constitución contempla expresamente dos causales de pérdida de investidura para ellos - y para los miembros de las corporaciones electivas de las entidades territoriales -, a saber: la aceptación de cargos públicos en la administración pública y la entrega de contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos.

CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DEL CONGRESO/CONGRESO- Funciones no son taxativas sino enumerativas/**LEGISLADOR**-Restricciones

El Poder Legislativo está facultado para dictar leyes en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de legislación y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso cuando esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que han sido asignadas expresamente al Congreso en la Carta. Es la llamada cláusula general de competencia, la cual ha sido derivada, en el marco de la actual Constitución, de la interpretación de los apartes de los artículos 114 y 150 que expresan que al Congreso le corresponde "hacer las leyes". De esta manera, se entiende que las funciones del Congreso que se especifican en el artículo 150 de la Constitución no son taxativas sino simplemente enumerativas y que a este órgano le corresponde la responsabilidad de dictar reglas en todas aquellas materias no confiadas a otras esferas estatales. El Congreso sí puede entrar a regular materias que no le han sido específicamente atribuidas por la Constitución. Ello no significa, sin embargo, que el legislador carezca de restricciones: los límites a esa competencia se derivan de la decisión constitucional de asignarle a otra rama u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121), de las cláusulas constitucionales que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas y de la obligación de respetar, en el marco de la regulación legislativa de una materia, las normas constitucionales y los derechos y principios establecidos en la Carta.

PERDIDA DE INVESTIDURA COMO SANCION DISCIPLINARIA

El Constituyente consideró necesario crear una sanción especial para los integrantes de las corporaciones públicas, consistente en la declaración de la pérdida de su investidura.La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que puedan ejercer atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura.

PERDIDA DE INVESTIDURA-Legitimación/**PERDIDA DE INVESTIDURA**-Determinación de causales adicionales/**PERDIDA DE INVESTIDURA**-Límites para determinación de causales adicionales

La única conclusión posible es que cuando el artículo 293 consagra la posibilidad de que el legislador determine las causas de destitución de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, incluye la determinación de las causales de pérdida de investidura de estos funcionarios. la ley sí puede consagrar causales adicionales para la declaración de la pérdida de investidura de concejal. Sin embargo, cabe precisar que el legislador tiene límites en el ejercicio de esa atribución, límites que están fundamentalmente trazados por la obligación de respetar el derecho a la participación política de los ciudadanos a los que se les ha conferido un mandato por parte de los electores. Sería absurdo suponer que las causales de pérdida de investidura que por expresa disposición constitucional operan para los congresistas puedan ser inconstitucionales cuando se trata de aplicarlas a los concejales a través de una ley.

Referencia: Expediente D-1618

Actor: Jeofrey Alfonso Troncoso Mojica

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 55 (parcial) de la Ley 136 de 1994 por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997). Aprobado por Acta 45.

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

Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad del artículo 55 (parcial) de la Ley 136 de 1994, "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

I. TEXTO DE LA NORMA DEMANDADA

"ARTICULO 55 PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL: Los concejales perderán su investidura por:

"1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al Alcalde sobre este hecho.

"2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.

"3. Por indebida destinación de dineros públicos.

"4. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

"La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda".

(Se subraya la parte demandada)

II. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 136 de 1994, publicada en el Diario Oficial N° 41377.

2. El ciudadano Jeofrey Alfonso Troncoso Mojica demandó parcialmente el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, por considerarlo violatorio de los artículos 4 y 291, inciso 1°, de la Constitución.

3. El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó la declaratoria de exequibilidad del texto legal atacado.

4. El Ministro del Interior, mediante escrito del 17 de abril, solicitó que la norma demandada fuera declarada exequible.

5. El Procurador General de la Nación propugnó la constitucionalidad de la norma, en concepto rendido el día 19 de mayo.

III. CARGOS E INTERVENCIONES

CARGOS DE LA DEMANDA

Estima el demandante que el texto acusado viola el artículo 4 y el inciso 1 del artículo 291 de la Constitución Política. El artículo 4° de la Carta establece la primacía de ésta sobre cualquier otra disposición del orden jurídico nacional. Por consiguiente, "debe entenderse - señala - que la actividad legislativa tiene que regirse a los parámetros y directrices propias consagrados por la Ley Superior, no obstante haberse omitido su taxativo señalamiento. En tales términos, al Congreso de la República sólo le es dable su función constitucional de legislar en los casos expresamente permitidos por la Carta, a fin de evitar la posible extralimitación de su facultades, en ciertas circunstancias en las cuales analógicamente, legisla *in extenso* sin fundamento jurídico alguno".

Mediante la Ley 136 de 1994 el Congreso estableció las causales, la competencia y procedimiento para despojar de la investidura a los concejales, apoyándose básicamente en el artículo 183 de la Constitución, en el cual se fijan las causales de pérdida de investidura de los congresistas. Sin embargo, al hacer esto, el Congreso violó - en su concepto - el artículo 291 de la Carta, el cual "exclusivamente consagró como causal para la pérdida de investidura de los Concejales 'la aceptación de cualquier cargo en la Administración".

El actor reconoce que en los artículos 293 y 312 de la Constitución se faculta al legislador para determinar "las calidades, inhabilidades, faltas absolutas y temporales, causales de destitución y formas de llenar vacantes, entre otras, de los miembros de las Corporaciones Administrativas de las Entidades Territoriales". Sin embargo, aclara que las disposiciones constitucionales "dejaron por fuera la posibilidad de que a través de la ley se establecieran nuevas situaciones generadoras de pérdida de investidura en los concejales, toda vez que el Constituyente de 1991 únicamente consignó la forma genérica de esta sanción política en el artículo 110 para todos los miembros de corporaciones públicas elegidos popularmente, y la específica establecida en el artículo 291 ibídem para los concejales y diputados".

Concluye con la aseveración de que "no le es dable al legislador retomar con base en analogías, las causales de 'pérdida de investidura de sus miembros' para trasladarlas al régimen sui generis característico de los 'ediles', por no existir norma constitucional que lo permita y disponga." En consecuencia, si el Congreso, en aras de la moralización

pública, se propone ampliar las causales de pérdida de investidura de los concejales debe proceder a hacerlo a través de una reforma constitucional, pues "donde la Constitución no permite, al Congreso no le es dable legislar".

INTERVENCION DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO

El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho sostiene que el legislador sí está facultado para ampliar las causales de pérdida de investidura contempladas en la Constitución para los concejales, pues el artículo 293 de la misma Carta lo autoriza para hacerlo.

Señala que el Constituyente de 1991 estableció la figura de la pérdida de investidura para los miembros de todas las corporaciones públicas que son elegidos por votación popular, con el objeto de "atacar los vicios que afectan la imagen de las instituciones de representación popular en los niveles nacional y territorial, creando mecanismos de control ciudadano con ejemplares sanciones para quienes violen los deberes de esa sagrada delegación de poder".

Afirma que de la interpretación del artículo 293 de la Carta que hizo la Corte Constitucional - en su sentencia C-194 de 1994 - se ha de concluir que "el legislador está en la capacidad de fijar más causales de pérdida de investidura, toda vez que de acuerdo al mismo texto, las causales fijadas en la Constitución no son taxativas y por el contrario se manejan de modo general para todas las corporaciones públicas". Además, si el legislador está autorizado para fijar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros de las corporaciones públicas, lo lógico es deducir que también pueda prever los mecanismos para sancionar el incumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, con respecto a la naturaleza de la pérdida de investidura expresa que puede considerarse como "una sanción más dentro del régimen disciplinario, que no obstante no responder de manera exacta al concepto 'destitución' presente en el artículo 293 superior, aparece con identidad de efectos y, por ende, dentro de la competencia dada por el artículo al legislador".

INTERVENCION DEL MINISTERIO DEL INTERIOR

El Ministro del Interior señala que la misma Constitución consagró dos conductas que implican la pérdida de investidura para los miembros de todas las corporaciones públicas de elección popular, a saber: la entrega de aportes o contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos y la aceptación de cargos en la administración pública. Sin embargo, el legislador goza de un amplio margen para definir otros comportamientos que por su gravedad deban ser sancionadas con la pérdida de investidura. Por este motivo y porque las conductas establecidas en la norma acusada "encuentran sustento en las mismas razones éticas y jurídicas consideradas por el Constituyente para la procedencia de la pérdida de la investidura para el caso de los congresistas", concluye que el legislador sí estaba facultado para contemplarlas como causales de pérdida de investidura para los concejales.

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El Procurador General de la Nación solicita que se declare la constitucionalidad de la norma demandada. Sostiene que de la lectura del inciso primero del artículo 291 de la Constitución se desprende que las causales de pérdida de investidura allí consagradas no son taxativas, pues lo que dispone la norma es "la incompatibilidad entre esa condición y la aceptación de cargos en la administración pública".

Con el objeto de fundamentar su posición respecto al carácter no taxativo de las causales del artículo 291, el Procurador menciona que el artículo 183 de la Constitución Política "establece, con el lenguaje propio de la restricción, los casos en que procede la pérdida de investidura de los Congresistas, pues su encabezamiento así lo indica". Sostiene que la razón de ser del señalamiento de causales taxativas para los congresistas se vincula a la voluntad de la Asamblea Nacional de fortalecer la rama legislativa del poder público creando un estatuto que determinara con claridad las reglas que debían seguir los congresistas para el buen cumplimiento de sus funciones.

Para terminar, reitera que la regulación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y sanciones para los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, no quedó consagrada taxativamente en la Constitución Política sino que su determinación se dejó al legislador. Igualmente, expresa que la jurisprudencia de la Corte ha entendido que esta facultad del legislador es compatible con la Constitución .

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

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

El problema planteado

2. Se trata de determinar si el legislador está autorizado constitucionalmente para establecer causales de pérdida de la investidura de concejal, diferentes de la establecida en el artículo 291 de la misma Constitución.

Las causales de pérdida de la investidura de los concejales contempladas expresamente en la Carta Política

3. El primer punto que cabe aclarar dentro de este proceso es el referido a cuáles son las causales de pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales que han sido consagradas expresamente en la Constitución. En un primer momento, el actor sostiene que en el artículo 291 se consagra como única causal válida para la pérdida de investidura de concejal, la aceptación de cualquier cargo en la Administración Pública. Sin embargo, a renglón seguido, el mismo actor acepta que el artículo 110 de la Carta establece que todas las personas que desempeñen funciones públicas y

hagan contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos políticos, o induzcan a otros a que lo hagan, salvo las excepciones que establezca la ley, serán sancionados con la remoción del cargo o con la pérdida de su investidura.

De la lectura del artículo 110 de la Carta se concluye que la sanción de pérdida de investidura allí establecida es aplicable a todos los miembros de las corporaciones públicas que efectúen las contribuciones allí señaladas o constriñan a otros para hacerlo. Puesto que los concejales son integrantes de corporaciones públicas, debe concluirse entonces que la Constitución contempla expresamente dos causales de pérdida de investidura para ellos - y para los miembros de las corporaciones electivas de las entidades territoriales -, a saber: la aceptación de cargos públicos en la administración pública y la entrega de contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos.

La cláusula general de competencia

4. El actor manifiesta que el Congreso únicamente puede legislar sobre aquellas materias que le han sido atribuidas expresamente por la Constitución. Expone que la Carta Política no dispone en ningún lugar que el Poder Legislativo pueda ampliar las causales de pérdida de investidura contempladas en la Ley Fundamental para los concejales y, por lo tanto, concluye que el legislador vulneró la Constitución al erigir nuevas causales de pérdida de la investidura de concejal en la Ley 136 de 1994.

5. La primera pregunta que debe formular esta Corporación con respecto a las observaciones del demandante es si es correcta su apreciación acerca de que el Congreso únicamente puede legislar sobre las materias para las cuales está explícitamente autorizado por la Constitución. En este contexto debe recordarse que tanto la Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía su labor de guardiana de la Constitución, como la Corte Constitucional han precisado que el Poder Legislativo está facultado para dictar leyes en todos aquellos asuntos que puedan ser materia de legislación y cuya regulación no haya sido atribuida a otra rama u órgano independiente, incluso cuando esos temas no están comprendidos dentro de las funciones que han sido asignadas expresamente al Congreso en la Carta. Es la llamada cláusula general de competencia, la cual ha sido derivada, en el marco de la actual Constitución, de la interpretación de los apartes de los artículos 114 y 150 que expresan que al Congreso le corresponde "hacer las leyes". De esta manera, se entiende que las funciones del Congreso que se especifican en el artículo 150 de la Constitución no son taxativas sino simplemente enumerativas y que a este órgano le corresponde la responsabilidad de dictar reglas en todas aquellas materias no confiadas a otras esferas estatales.

6. Debe agregarse que la denominada cláusula general de competencia contribuye a suplir las deficiencias propias de los textos constitucionales, los cuales responden obviamente a un contexto histórico determinado, marcado por problemas específicos. En el momento de redacción de una Carta Política no puede el Constituyente prever todos los asuntos que pueden ser de importancia en el futuro. Y dado que las Constituciones son expedidas con una vocación de permanencia y de adaptación a las disímiles situaciones que se pueden ir presentando con el paso de los años, es necesario que dentro de su articulado se prevea la posibilidad de que los nuevos temas - o los temas no previstos - puedan ser regu-

lados sin tener que recurrir al engorroso expediente de una reforma constitucional. Esa es precisamente la función que desarrolla la cláusula general de competencia, pues de acuerdo con ella, en el caso colombiano, todos los temas que no han sido tratados dentro de la Constitución pueden llegar a ser regulados por el Congreso de la República.

Sobre este punto se expresó en la sentencia C-527 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez):

"De otro lado, la Corte Constitucional recuerda que en Colombia la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso, puesto que a éste corresponde "hacer las leyes" (C.P Arts 114 y 150). Esta es una diferencia profunda de nuestro ordenamiento constitucional con el de otros países, como el de Francia. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la República enumera las materias que son competencia del Parlamento, de suerte que toda otra materia es competencia reglamentaria del ejecutivo (artículo 37 de esa constitución), lo cual significa que ese régimen constitucional atribuye el poder principal de elaborar las reglas de derecho al Ejecutivo (cláusula general de competencia) y tan sólo un poder secundario y taxativo al Parlamento. En cambio, en Colombia, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir las reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste corresponde "hacer las leyes", por lo cual la enumeración de las funciones establecidas por el artículo 150 de la Constitución no es taxativa. No es entonces legítimo considerar que si el Congreso expide una ley que no encaja dentro de las atribuciones legislativas específicas del artículo 150 superior, entonces tal norma es, por ese solo hecho, inconstitucional, ya que por ello implicaría desconocer que en el constitucionalismo colombiano la cláusula general de competencias está radicada en el Congreso.

"Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la anterior Constitución, cuyo artículo 76 se iniciaba con el mismo enunciado normativo del actual artículo 150 superior. En efecto, un ciudadano demandó la ley 58 de 1985 sobre el estatuto básico de los partidos políticos y argumentó que ésta 'carecía de respaldo constitucional para su expedición ya que ninguna de las reglas de competencia contenidas en el artículo 76 de la Carta faculta al Congreso para reglamentar los partidos políticos'.

"La Corte Suprema desestimó la petición del actor y precisó:

'Como quiera que la fundamental o principal tacha que se deduce contra la ley consiste en que el Congreso no estaba facultado para expedirla, es preciso recordar que la Corte en el expediente precitado, reiteró su doctrina tradicional conforme a la cual la potestad de "hacer leyes" que tiene el Congreso es amplia, pues la Constitución lo hace titular de una especie de competencia genérica "que le permite legislar sobre todos aquellos asuntos que aconsejen las conveniencias públicas y en cuyo ejercicio

1 Ver también, entre otras, las sentencias C-081 de 1996 Dr. M.P Alejandro Martínez Caballero y C-342/96 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

no tiene más limitaciones (...)[1]".

7. De lo anterior se desprende que el Congreso sí puede entrar a regular materias que no le han sido específicamente atribuidas por la Constitución. Ello no significa, sin embargo, que el legislador carezca de restricciones: los límites a esa competencia se derivan de la decisión constitucional de asignarle a otra rama u órgano independiente la regulación de un asunto determinado (C.P. art. 121), de las cláusulas constitucionales que imponen barreras a la libertad de configuración normativa del legislador sobre determinados temas y de la obligación de respetar, en el marco de la regulación legislativa de una materia, las normas constitucionales y los derechos y principios establecidos en la Carta.

La figura de la pérdida de investidura

8. El demandante plantea, además, que en ningún lugar de la Constitución se dispone que el Organo Legislativo pueda ampliar las causales de pérdida de investidura contempladas en la Ley Fundamental para los concejales. Sin perjuicio de lo afirmado acerca de que la cláusula general de competencia radica en el Congreso, importa establecer si la aseveración del actor es cierta. Para ello es necesario adentrarse en el tema de la pérdida de investidura en general, tal como se hace a renglón seguido.

9. Como es conocido, en la Asamblea Nacional Constituyente se dio un amplio debate alrededor de la necesidad de fortalecer y depurar las instituciones representativas, como requisito fundamental para la revitalización del sistema democrático en el país. En este contexto se pensó en la necesidad de establecer un estricto régimen de control sobre los congresistas, régimen que quedó plasmado en el catálogo de inhabilidades e incompatibilidades, y en las normas sobre los conflictos de interés, contenidas en los artículos 179 y siguientes de la Carta.

10. Mas el Constituyente no se conformó con establecer el mencionado régimen sino que consideró también necesario crear una sanción especial para los integrantes de las corporaciones públicas, consistente en la declaración de la pérdida de su investidura. Es decir, el Constituyente estimó que determinadas faltas de los representantes populares exigían sanciones y procedimientos más severos y prontos que las acciones disciplinarias a cargo de la Procuraduría o la sanción política que puede imponer el votante, a través del retiro de su apoyo electoral a aquellos mandatarios o partidos que no han estado a la altura de su compromiso con los electores.

11. Si bien el debate que se presentó en la Asamblea Nacional Constituyente acerca de la figura de la pérdida de investidura giró en torno a la importancia de su aplicación a los Congresistas, lo cierto es que lo manifestado al respecto se aplica a todos los integrantes de las corporaciones públicas, pues, como se vio atrás, en la misma Carta se consideraron situaciones en las que esta institución debía ser aplicada a todos los miembros de los cuerpos colegiados. Acerca de la discusión que se presentó en la Asamblea y de la importancia que se le confirió a la figura se expresó la Corte en su sentencia C-319/94 (M.P. Hernando Herrera):

"Es indiscutible que una de las reformas más importantes efectuadas por el

Constituyente de 1991 relacionadas con el Congreso de la República, fue la de la creación de la institución de la pérdida de la investidura, consagrada en el artículo 183 de la Carta Política, con el propósito de dignificar la posición de Congresista, enaltecer sus responsabilidades y funciones, con la posibilidad de que, frente a la inobservancia del régimen de incompatibilidades, inhabilidades o el surgimiento del conflicto de intereses por parte de los mismos, así como de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, se pudiese sancionar a quien incurra en la violación de las causales previstas en dicha disposición con la pérdida de la investidura, sin que esta decisión dependiera de un previo pronunciamiento judicial (...)

"El planteamiento general de los proponentes de la iniciativa se fundamentó en el altísimo nivel que supone la categoría de Congresista. De ahí que las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debieran corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso.

"El criterio de la comisión[2] fue unánime en cuanto a que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la pérdida de la investidura como condigna sanción. Fue también el parecer unánime de la comisión que, dada la alta posición del Congresista, la violación de este régimen no podía acarrear una sanción inferior a la pérdida de la investidura. Así fue propuesto por esta, con la obligación de que la ley estableciera un procedimiento abreviado mediante el cual la Corte Suprema de Justicia decidiera en un plazo no superior a veinte días.

"En el seno de la Asamblea Nacional Constituyente la controversia central giró en torno a la Corporación a la cual adscribir la competencia para conocer del proceso de pérdida de investidura".

12. Esta Corporación se ha ocupado en diversas ocasiones de la calificación jurídica del instituto de la pérdida de investidura. Así, en la sentencia C-507 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía) se estableció la diferencia entre la declaración de la nulidad de la elección y la declaración de la pérdida de investidura. En otras providencias se ha precisado que la pérdida de investidura constituye una sanción disciplinaria especial, de efectos equivalentes a la de la destitución de los altos funcionarios del Estado. Dada la importancia de esta última caracterización para el tema de esta providencia es conveniente transcribir algunos apartes de esos fallos. En la sentencia C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera) se expresó:

"En efecto, en sentir de esta Corte, por razón de su naturaleza y de los fines que la inspiran, la pérdida de la investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la transgresión al código de conducta intacha-

2 Gaceta Constitucional N° 79 del 22 de mayo de 1991.

ble que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan.

"Para la Corte, el tipo de responsabilidad política de carácter disciplinario exigible al Congresista que incurriere en la comisión de una de las conductas que el Constituyente erigió en causal de pérdida de la investidura, es perfectamente diferenciable y separable de la penal que la misma pudiere también originar, por haber incurrido en un delito, independientemente de la acción penal (...)

"En este punto la Corte juzga pertinente destacar que, tratándose de un proceso jurisdiccional, de carácter disciplinario, con el que se hace efectiva la exigencia de responsabilidad política a través de la imposición de una sanción, equiparable por sus efectos y gravedad, a la de destitución de los altos funcionarios públicos, el proceso de pérdida de investidura, cuando medie solicitud de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara y que afectare a un miembro del Congreso, debe estar rodeado de todas las instituciones que consolidan la garantía constitucional del debido proceso, así como de las que aseguren a quien se acusa de la infracción, amplias y plenas oportunidades de ejercitar su defensa".

Igualmente, en el fallo C-247 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández) se sostuvo:

"La Constitución ha establecido la pérdida de la investidura como una sanción que es independiente de las penales que pudieran ser aplicables por la comisión de delitos y que encuentra su razón de ser en el régimen constitucional de las actividades que cumplen los congresistas. Tiene un carácter disciplinario de muy especiales características, la competencia para decretarla es atribuida de manera exclusiva a un tribunal - el Consejo de Estado - y tan sólo puede operar en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política establece. Las causas que dan lugar a ella son taxativas (artículo 183 C.P.).

"(...)

"La Corte debe insistir en que las normas constitucionales sobre pérdida de la investidura tienen un sentido eminentemente ético. Buscan preservar la dignidad del congresista y, aunque se refieran a conductas que puedan estar contempladas en la legislación como delictivas, su objeto no es el de imponer sanciones penales, sino el de castigar la vulneración del régimen disciplinario impuesto a los miembros del Congreso en razón de la función que desempeñan. Al congresista no se lo priva de su investidura, inhabilitándolo para volver a ser elegido en tal condición, por el hecho de haber incurrido en un determinado hecho punible y menos como consecuencia de haber sido hallado penalmente responsable. Lo que el Consejo de Estado deduce en el curso del proceso correspondiente es la violación, por parte del implicado, de las normas especiales que lo obligan en cuanto miembro del Congreso. Se trata de un juicio y de una sanción que no están necesariamente ligados al proceso penal que, para los respectivos efectos, lleve a cabo la jurisdicción, pues la

Constitución exige más al congresista que a las demás personas: no solamente está comprometido a no delinquir sino a observar una conducta especialmente pulcra y delicada que, si presenta manchas, así no sean constitutivas de delito, no es la adecuada a la dignidad del cargo ni a la disciplina que su ejercicio demanda".

La reglamentación del instituto de la pérdida de investidura en el caso de los concejales

13. El demandante plantea en su escrito que el Congreso no puede legislar sobre temas que no le estén expresamente asignados en la Constitución y que en la Carta no existe ninguna disposición que lo autorice para establecer nuevas causales de pérdida de investidura para los concejales. La primera tesis del actor ya fue refutada a través de la explicación relativa a la cláusula general de competencia de que goza el Congreso.

En relación con el segundo punto, es importante destacar que el instituto de la pérdida de investidura constituye una sanción disciplinaria. A partir de ella, y atendiendo a lo preceptuado por el artículo 293 de la Carta - cuyo contenido es reiterado en lo dispuesto en los incisos 3° del artículo 299 y 2° del artículo 312 de la Constitución -, se llega necesariamente a la conclusión de que, en contra de lo sostenido por el actor, la Constitución sí autoriza explícitamente al Legislativo para que instituya nuevos motivos para la declaración de la pérdida de investidura de concejal.

En efecto, el artículo 293 de la Carta ordena:

"ART 293.- Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, **causas de destitución** y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones" (subraya no original).

Como se puede colegir de la lectura de este artículo, la Carta autoriza al legislador para determinar, entre otras cosas, las causas de destitución de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales. La destitución es la máxima sanción existente en el orden disciplinario y, como ya lo ha precisado la Corte, la pérdida de investidura es también un reproche disciplinario que se equipara a la destitución. Los ciudadanos que son elegidos popularmente para las corporaciones públicas no están sujetos al régimen jerárquico administrativo que cobija a la generalidad de los servidores públicos. Estos ciudadanos no son nombrados en una posición sino elegidos. De allí que no tengan superiores jerárquicos, que puedan ejercer atribuciones disciplinarias sobre ellos. Por esta razón, a estos servidores se les aplica un régimen especial para la separación del cargo, que es el de la pérdida de investidura. Así las cosas, la única conclusión posible es que cuando el artículo 293 consagra la posibilidad de que el legislador determine las causas de destitución de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales, incluye la determinación de las causales de pérdida de investidura de estos

funcionarios.

Esta interpretación ya había sido planteada por esta Corporación en la sentencia C-280/96 (M.P Alejandro Martínez Caballero). En aquella ocasión se decidió -entre otras cosas- acerca de la exequibilidad del inciso tercero del artículo 32 del Código Disciplinario Unico (la Ley 200 de 1995) que señalaba que las faltas gravísimas contempladas en los 10 numerales del artículo 25 podían ser sancionadas con la pérdida de investidura. En la sentencia - que avaló la decisión del Poder Legislativo de consagrar la sanción de la pérdida de investidura a los miembros de las corporaciones públicas diferentes al Congreso que incurrieran en un amplio número de conductas, adicionales a las contempladas en la Carta - se expresó:

"El mismo actor ataca la expresión "pérdida de investidura" del inciso tercero del artículo 32 del CDU, según el cual ésta es una de las sanciones para las faltas gravísimas, esto es, las descritas por el artículo 25 de ese mismo estatuto.

"La Corte considera que esta norma es exequible en relación con los miembros de las corporaciones públicas territoriales, por cuanto, como ya se señaló, se trata de una sanción que puede ser aplicada a estos servidores públicos, y las conductas descritas por el artículo 25 son de suma gravedad, lo cual justifica que el legislador las sancione con pérdida de investidura o, para otros tipos de servidores, con terminación del contrato, destitución, desvinculación o remoción. Sin embargo, es necesario efectuar las siguientes dos precisiones:

"De un lado, el artículo 110 de la Carta señala que será causal de remoción del cargo o de pérdida de la investidura que quien desempeñe funciones públicas haga contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o induzca a otros a que lo hagan, salvo las excepciones legales. Ahora bien, como se señaló anteriormente, los numerales 7° y 8° del artículo 25 del CDU desarrollan en parte esta prohibición constitucional pero no cubren todas las hipótesis,. Igualmente, el artículo 291 de la Carta establece que perderán la investidura los miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales que acepten un cargo en la administración, conducta que no se encuentra descrita como falta gravísima por el artículo 25 del CDU. En tales circunstancias, la Corte entiende que estas dos prohibiciones constitucionales siguen operando de manera autónoma como causa de pérdida terminación de investidura, de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades regionales, pues mal podría el legislador modificar el alcance de una prohibición constitucional.

"De otro lado, en relación con los congresistas, esta disposición es inexequible, por cuanto en este caso la institución de la pérdida de investidura tiene, como ya lo ha señalado esta Corporación. "muy especiales características" pues "tan sólo puede operar en los casos, bajo las condiciones, y con las consecuencias que la Carta Política establece. Las causas que dan lugar a ellas son taxativas". Esto significa que no puede la ley restringir ni ampliar las causales establecidas por la Constitución como determinantes de la pérdida de investidura, esto es, las señaladas por los artículos 110 y 1383 de la Carta".

14. De lo anterior se infiere que la ley sí puede consagrar causales adicionales para la declaración de la pérdida de investidura de concejal. Sin embargo, cabe precisar que el legislador tiene límites en el ejercicio de esa atribución, límites que están fundamentalmente trazados por la obligación de respetar el derecho a la participación política de los ciudadanos a los que se les ha conferido un mandato por parte de los electores. Sobre este tema también se ha pronunciado la Corte en relación con la atribución del legislador para regular las inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y los alcaldes, con motivo de las regulaciones dictadas en ese sentido por la Ley 136 de 1994. Así, en la sentencia C-373/93 (M.P Carlos Gaviria Díaz)[3] se expresó:

"(...)El Congreso no dispone de una facultad irrestricta e incondicionada para elevar a inhabilidad electoral cualquier hecho o condición al que estime conveniente dar ese tratamiento. Los derechos de participación política, configurados por la Carta, excepcionalmente pueden ser limitados y, a su turno, las restricciones válidamente introducidas por el legislador, esto es, teniendo competencia para el efecto, deberán interpretarse de manera que, en lo posible, se privilegie su ejercicio.

"La tarea legislativa de fijación de inhabilidades, cuando la Constitución la autoriza, no puede violar los derechos de igualdad y de participación política y, por ende, pierde todo asidero si se traduce en preceptos excesivos, innecesarios e irrazonables. La doctrina de la Corte es constante sobre este punto:

'Se reitera que aunque la Carta faculta al legislador para supeditar el ejercicio de funciones y cargos públicos a condiciones y requisitos, para esta Corte cualquier limitación a los derechos consagrados en los artículos 13 y 40-7 Superiores debe consultar los valores, principios y derechos de la Carta, so pena de profundizar la desigualdad social mediante la negación del núcleo esencial de tales derechos, los cuales tienen además incidencia en el ejercicio del derecho al trabajo. La exigencia de requisitos o condiciones excesivas, innecesarias o irrazonables para aspirar a ejercer un cargo o función pública, violaría el contenido esencial de los derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad, a escoger y ejercer profesión u oficio y a participar efectivamente en el ejercicio del poder político"[4].

15. Cabría entonces preguntarse si las causales de pérdida de la investidura de concejal que estableció la Ley 136 de 1994 son desproporcionadas en relación con el fin que se persigue y si se convierten en un obstáculo real para que los concejales elegidos puedan ejercer a cabalidad su papel de representación política. A este respecto, la Corte advierte que las causales contempladas en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 coinciden enteramente con las establecidas para los Congresistas en los numerales 1, 4 y 5 del artículo 183 de la Constitución. En este estado de cosas sería absurdo suponer que las cau-

3 Ver también la sentencia C-194 de 1994 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo) que trata sobre el tema de las incompatibilidades.
4 C-537 de 1993, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

sales de pérdida de investidura que por expresa disposición constitucional operan para los congresistas puedan ser inconstitucionales cuando se trata de aplicarlas a los concejales a través de una ley. Por eso, habrá de declararse la constitucionalidad de las normas acusadas.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E

Declarar **EXEQUIBLES** los numerales 2, 3 y 4 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-474
septiembre 25 de 1997

DECLARACION DE BIENES Y RENTAS-Momento de presentación

Lo cierto fue que el Constituyente decidió establecer concretamente - y de manera inequívoca - en qué oportunidades debían presentar los servidores públicos - entre los cuales se encuentran los congresistas - su declaración de bienes y rentas. De esta forma, cualquier discusión acerca de la pertinencia de la norma legal acusada es inconducente, pues, como bien lo señala el artículo 4° de la Carta, "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Además, la misma Constitución determinó que la obligación de entregar la mencionada declaración, en las oportunidades que describe, le corresponde a todos los servidores públicos, sin establecer excepciones ni tratamientos diferenciales para esta regla, razón por la cual no tiene ninguna validez la creación de un régimen especial para los Congresistas.Teniendo en cuenta que el Legislador no está autorizado para modificar a través de una ley los términos contemplados en la Constitución, habrá de concluirse que la frase "dentro de los meses siguientes" es inconstitucional, de manera tal que del texto del artículo que conserva vigencia se desprenda claramente que la rendición de la declaración aludida debe hacerse, a más tardar, al momento de efectuarse la posesión como congresista.

Referencia: Expediente D-1624

Actor: Oscar Enrique Ortiz González

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 5° (parcial) del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992, por medio de la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., Septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997). Aprobada por acta 45

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por su Presidente Antonio Barrera

Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad contra el numeral 5° (parcial) del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992, por medio de la cual se expide el Reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes.

I. ANTECEDENTES

1. El Congreso de la República expidió la Ley 5ª de 1992, publicada en el Diario Oficial 40.483 del 18 de junio de 1992.

2. El ciudadano Oscar Enrique Ortíz González demandó la inconstitucionalidad parcial del numeral 5° del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992, por considerarlo violatorio del artículo 122 de la Constitución Política.

3. El Procurador General de la Nación solicitó a la Corte que declarara la inexequibilidad de la disposición acusada.

II. LOS TEXTOS ACUSADOS, LOS CARGOS ELEVADOS Y LAS INTERVENCIONES

Ley 5ª de 1992
"Por medio de la cual se expide el reglamento del Congreso, el Senado y la Cámara de Representantes

"El Congreso de Colombia"

D E C R E T A:

"Artículo 268. DEBERES. Son deberes de los congresistas:

(...)

5. Presentar, dentro de los dos (2) meses siguientes a su posesión como Congresista,

una declaración juramentada **de su patrimonio** y de las actividades que puedan significarle ingresos económicos adicionales al cargo de representación popular".

(En negrilla La corte demandada)

III. CARGOS E INTERVENCIONES

Cargos de la demanda

El demandante manifiesta que el texto legal acusado vulnera la Constitución cuando autoriza que los congresistas presenten dentro de los dos meses siguientes a su posesión la declaración juramentada de su patrimonio y de los ingresos adicionales a los de su cargo de representación popular. Ello por cuanto el inciso 3° del artículo 122 de la Carta Política consagra que todos los servidores públicos tienen la obligación de declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas antes de tomar posesión del cargo. En su concepto, "es ostensible el desconocimiento que la disposición de rango legal hace de la Constitución".

PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En primer lugar, la Vista Fiscal propone que el análisis de constitucionalidad no se realice sobre el texto acusado por el actor -"de su patrimonio"-, sino sobre la expresión "dentro de los dos meses siguientes a su posesión". Fundamenta su proposición en el hecho de que la solicitud del demandante "se encuentra encaminada a demostrar que lo incompatible del precepto es el haber diferido en el tiempo el deber constitucional de declarar el monto de bienes y rentas por los congresistas al posesionarse como tales".

Expresa el representante del Ministerio Público que el artículo 122 de la Constitución señala una serie de requisitos que debe cumplir toda persona que aspire a un cargo de servidor estatal. Entre ellos se incluye la obligación de declarar bajo juramento "el monto de sus bienes y rentas, antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando alguna autoridad competente se lo solicite". Agrega que la norma utiliza la expresión "deberá", lo cual implica que ni al futuro funcionario ni a la administración les está permitido disponer acerca de si se cumple o no se cumple con la declaración.

Expresa que en el seno de la Comisión conformada dentro de la Asamblea Nacional Constituyente para estudiar el tema del servidor público "se consolidó la idea de crear mecanismos que permitieran comprometer la responsabilidad del funcionario público en el ejercicio de sus funciones frente a la comunidad, en tiempos en los que los servidores del Estado eran cuestionados por haber perdido su norte ético en el ejercicio de sus funciones". Uno de estos mecanismos es el que consagra la norma acusada, el cual pretende ayudar a la Administración a determinar si el funcionario público "ha ejercido su cargo debidamente o si, por el contrario, se ha enriquecido ilícitamente dentro o con ocasión del mismo".

El Procurador considera que la autorización que confiere el texto legal acusado a los congresistas para que presenten la declaración juramentada después de su posesión, puede llevar a desvirtuar los fines primordiales para los cuales fue instituido este requisito por el

mandato de rango superior, por cuanto "las circunstancias en las cuales se exige la presentación de este documento es tan importante como la exigencia misma de la declaración, pues de no ser así el constituyente hubiera dejado al libre albedrío de la Administración la escogencia de los eventos en los cuales se debería solicitar tal declaración. En nuestro entender, no es lo mismo que un servidor público presente la relación de su patrimonio con posterioridad a la posesión que hacerlo antes de tal acto, pues este requisito, de conformidad con lo previsto en el artículo 122 de la Carta, se ha convertido en condición sin la cual no es posible acceder a la función pública".

La Vista Fiscal concluye con la solicitud de que sea declarada la inconstitucionalidad de la expresión "dentro de los dos (2) meses siguientes a su posesión", la cual estima contraria a la Carta "toda vez que tanto el patrimonio como las actividades que pueden significarle al congresista ingresos económicos adicionales al cargo de representación popular, constituyen, sin lugar a dudas, bienes y rentas sobre los cuales se debe declarar por exigencia del artículo 122 Superior".

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Competencia

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

El texto legal por revisar

2. El actor demandó la expresión "de su patrimonio", contenida en el numeral 5° del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992. Sin embargo, como bien lo expresa la Vista Fiscal, del texto de su demanda se infiere que la expresión que se acusa no es la señalada por el actor, sino la referida al término con que contarían los congresistas para la presentación de su declaración. Dado que el análisis de ese punto implica el estudio de todo el texto legal, la Corte encuentra constituida la unidad normativa y se pronunciará sobre la totalidad del artículo.

El problema planteado

3. Se trata de establecer si la autorización que se imparte a los congresistas, en el numeral 5° del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992, para presentar dentro de los dos meses siguientes a su posesión la declaración juramentada de su patrimonio y de las actividades que le generen ingresos económicos, adicionales a las de su cargo de representación popular, vulnera el artículo 122 de la Constitución.

4. Muchos de los proyectos de reforma constitucional que fueron presentados a la Asamblea Nacional Constituyente se ocuparon del tema de los servidores públicos. Uno de los puntos que atrajo la atención de los constituyentes en el marco de este tema fue el de la necesidad de crear mecanismos que permitieran ejercer un control real sobre la situación patrimonial de los funcionarios, con el objeto de poder atacar con mayor efectividad el fenómeno de la corrupción. Esta fue precisamente la razón que condujo a la consagración,

en el inciso 3° del artículo 122 de la Carta, de la obligación de todos los servidores públicos de declarar bajo juramento el monto de sus bienes y rentas.

Sobre este asunto se pronunció la Corte en su sentencia C-319 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) al tratar sobre el delito de enriquecimiento ilícito de los empleados oficiales:

"Pero el conocimiento efectivo de las rentas y bienes del servidor público y su incremento injustificado, no se deriva en forma exclusiva de la explicación que éste presente a las autoridades judiciales en ejercicio de su derecho de defensa (art. 29 de la C.P.); son los demás medios de prueba - testimonio, documentos, indicios etc. -, los que dentro del desarrollo de la investigación van a constituirse en elementos de juicio suficientes para llamar a indagatoria, dictar auto de detención o precluir investigación y, en general, para adelantar el proceso respectivo.

"Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición, pues el artículo 122 de la Carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos, que, **"antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas"** (Subrayas de la Corte).

"El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.) y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo no sólo las cargas y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes".

5. El artículo 123 de la Constitución establece que son servidores públicos "los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios". Ello significa que a los miembros del Congreso también les son aplicables las normas del artículo 122 y, en consecuencia, las referidas a la declaración del patrimonio.

6. El numeral 5° del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992 prescribe que es un deber de los congresistas presentar, dentro de los dos (2) meses siguientes a su posesión, una declaración juramentada de su patrimonio y de las actividades que puedan significarles ingresos económicos adicionales al cargo de representación popular. De esta manera, el texto legal mencionado no hace más que reiterar, con otras palabras, la obligación que consagra el artículo 122 de la C.P., de declarar el monto de sus bienes y rentas.

La diferencia entre los dos textos normativos es clara. El texto constitucional exige que la declaración sea presentada, entre otras ocasiones, antes de tomar posesión del cargo. Por su parte, la norma legal autoriza a los congresistas para presentar esa misma declaración dentro de los dos meses siguientes a la posesión. Es decir, el texto legal crea un régimen especial para los congresistas en esta materia. A diferencia de lo que ocurre con los demás funcionarios públicos, ellos podrían rendir su declaración hasta dos meses después de la posesión.

Posiblemente no hay grandes diferencias prácticas entre la presentación de la declaración antes de la posesión o en los dos meses siguientes a ella. Quizás se podría argüir que resulta más acertado ofrecer un plazo a los funcionarios recién posesionados para que puedan organizar sus documentos personales con el objeto de presentar una declaración más acertada y completa. Igualmente, se podría aducir que la Constitución no tendría porqué ocuparse de la definición en detalle de cuándo debía presentarse la declaración, y que esa es una tarea que puede atender de forma más adecuada el Legislador.

Con todo, lo cierto fue que el Constituyente decidió establecer concretamente - y de manera inequívoca - en qué oportunidades debían presentar los servidores públicos - entre los cuales se encuentran los congresistas - su declaración de bienes y rentas. De esta forma, cualquier discusión acerca de la pertinencia de la norma legal acusada es inconducente, pues, como bien lo señala el artículo 4° de la Carta, "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Además, la misma Constitución determinó que la obligación de entregar la mencionada declaración, en las oportunidades que describe, le corresponde a todos los servidores públicos, sin establecer excepciones ni tratamientos diferenciales para esta regla, razón por la cual no tiene ninguna validez la creación de un régimen especial para los Congresistas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el Legislador no está autorizado para modificar a través de una ley los términos contemplados en la Constitución, habrá de concluirse que la frase "dentro de los meses siguientes" es inconstitucional, de manera tal que del texto del artículo que conserva vigencia se desprenda claramente que la rendición de la declaración aludida debe hacerse, a más tardar, al momento de efectuarse la posesión como congresista.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión *"dentro de los dos (2) meses siguientes"*, contenida en el numeral 5° del artículo 268 de la Ley 5ª de 1992.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al presidente de la república y al presidente del congreso, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-475
septiembre 25 de 1997

DERECHOS ABSOLUTOS-Inexistencia

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos "absolutos", el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los "derechos absolutos" tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho. como la concepción "absolutista" de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógica y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados ***en la mayor medida posible****, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.*

DERECHOS FUNDAMENTALES-Restricción

La Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas. La mayoría de los derechos fundamentales pueden

verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto - restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Ponderación

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de "pluralismo valorativo", la Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso.La tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Control de limitaciones a derechos fundamentales

En ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son las mejores. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales. Para ello, se ha elaborado un arsenal hermenéutico que vincula al funcionario judicial con criterios de decisión - como sus propios precedentes, el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, la aplicación del principio de concordancia practica o armonización concreta, etc. - que surgen de las fuentes del derecho y que deben ser expuestos de manera clara en los motivos que fundamentan una determinada decisión judicial.

DEBIDO PROCESO-Derecho de estructura compleja/**DEBIDO PROCESO**-Alcance

El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la *no reformatio in pejus*, o el principio de favorabilidad (C.P. art. 29).*No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de estándares o reglas que deben ser aplicadas prima facie, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro*

derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad. En particular, el derecho de defensa es uno de aquellos derechos que plantea parámetros de actuación que deben ser regulados por el legislador garantizando su máxima aplicación, pero cuidándose de afectar otros derechos o bienes constitucionalmente valiosos que se encuentran en juego en el juicio penal o administrativo.

DERECHO DE DEFENSA-Restricciones/**DERECHOS CONSTITUCIONALES-**Ponderación

El derecho de defensa admite restricciones destinadas al logro de una finalidad legítima de la misma entidad que el derecho que se restringe, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar.Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia - a reconocer la verdad de los hechos reprochables, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables -, no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo o viceversa. En efecto, si los derechos de las víctimas tuvieren preeminencia absoluta sobre cualesquiera otros, podría desprotegerse al inculpado hasta el punto de desconocer la presunción de inocencia, y privar de libertad al sujeto mientras no se demuestre su inocencia. Sin embargo, si los derechos del procesado - como el derecho de defensa - tuvieren primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado.Como la concepción "absolutista" de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógica y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados ***en la mayor medida posible****, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.*

INVESTIGACION PENAL-Acceso expediente/**DEBIDO PROCESO-**Resctricciones/**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El hecho de que las normas demandadas consagren una restricción a la posibilidad de defensa del imputado, no significa necesariamente, que esta resulte inconstitucional. En efecto, los intereses constitucionalmente relevantes - como el debido proceso o el derecho a la verdad - suelen restringirse unos a otros, para poder coexistir en las sociedades democráticas. El asunto que debe estudiarse es si la restricción anotada es desproporcionada, vale decir, si la misma tiene una finalidad ilegítima o si limita innecesaria, inútil o injustificadamente, los alcances del derecho de defensa.La parte acusada de las normas demandadas tiene varias finalidades, todas ellas legítimas, como la de restringir la reserva del expediente hasta tanto no exista un dato suficientemente relevante que, como la declaración libre o indagatoria, permitan vincular a un determinado sujeto, o la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia y la defensa de los derechos que se protegen a través de la acción penal. Adicionalmente, es evidente que tales disposiciones contribuyen de manera útil al logro de los fines que persiguen,

pues la inmediación del imputado con el funcionario judicial, no sólo es un medio de defensa sino, adicionalmente, una fuente de prueba que conduce a la formación de un juicio capaz de sustentar la decisión primaria de vincular o no al sujeto, con las consecuencias antes anotadas. La alternativa que prefirió el legislador tiene una finalidad legítima que no puede ser alcanzada a través de medios alternativos menos restrictivos de los derechos, como aquellos propuestos por los actores. En consecuencia, entiende la Corte que se trata de una medida necesaria.

INVESTIGACION PENAL/VERSION LIBRE/INDAGATORIA-Oportunidad

Resulta violatorio del debido proceso, convocar a un sujeto para que rinda versión preliminar o declaración indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan imposible o particularmente ardua la defensa. En estas condiciones, puede afirmarse que el Estado debe permitir que el sujeto investigado rinda versión libre o indagatoria, tan pronto resulte posible formular, en su contra, una imputación penal. Dadas las condiciones bajo las cuales se rinde la versión libre y la indagatoria, no resulta desproporcionado someter el derecho pleno de defensa a su práctica, pues el mínimo costo que ello implica, se justifica ampliamente en las razones de prudencia y eficacia que explican la existencia de tal condicionamiento.

Referencia: Expediente D-1630

Actores: Roberto Lobelo Villamizar Y Manuel Fernando Moya Vargas

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, "Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal"

Temas :

Debido proceso y derecho de defensa
Derechos absolutos
Ponderación de derechos constitucionales
Juicio de proporcionalidad
Versión preliminar e indagatoria

Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y siete (1997). Aprobada por acta 45

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de constitucionalidad contra los artículos 139 (parcial), 321 (parcial) y 324 (parcial) del Decreto 2700 de 1991, "Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal".

I. TEXTO DE LAS NORMAS REVISADAS

DECRETO NUMERO 2700 DE 1991
(Noviembre 30)

"Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal"

El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el literal a) del artículo transitorio 5, del capítulo 1 de las disposiciones transitorias de la Constitución Política de Colombia, previa consideración y no improbación por la Comisión Legislativa

DECRETA:

(...)

Artículo 139.- Vigencia y oportunidad del nombramiento de defensor. El nombramiento de defensor, hecho desde la indagatoria o en cualquier otro momento posterior, se entenderá hasta la finalización del proceso.

La persona que haya sido legalmente vinculada, cualquiera sea su situación jurídica, podrá en cualquier momento designar defensor, mediante poder debidamente autenticado ante autoridad competente y dirigido al funcionario respectivo.

(...)

Artículo 321.- Reserva de las diligencias. Durante la investigación previa las diligencias son reservadas, pero el defensor del imputado que rindió versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias.

(...)

Artículo 324. Modificado por la Ley 81 de 1993, artículo 41.- Duración de la investigación previa y derecho de defensa. La investigación previa cuando existe imputado conocido se realizará en el término máximo de dos meses vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de investigación o resolución inhibitoria.

Cuando no exista persona determinada continuará la investigación previa, hasta que se obtenga dicha identidad.

Quien tenga conocimiento de que en una investigación previa se ventilan imputaciones en su contra, tiene derecho a solicitar y obtener que se le escuche de inmediato en versión libre y a designar defensor que lo asista en ésta y en todas las demás diligencias de dicha investigación.

(En negrilla lo demandado)

II. ANTECEDENTES

1. El Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 5° transitorio de la Constitución Política, expidió el Decreto 2700 de 1991, "Por el cual se expiden las normas de procedimiento penal", el cual fue publicado en el Diario Oficial N° 40.190 de noviembre 30 de 1991.

2. Los ciudadanos Roberto Lobelo Villamizar y Manuel Fernando Moya Vargas demandaron, en forma parcial, los artículos 139, 321 y 324 del Decreto 2700 de 1991, por considerarlos violatorios de los artículos 13, 29 y 93 de la Carta Política.

3. El 17 de abril de 1997, el Fiscal General de la Nación solicitó a la Corte que declarara la exequibilidad de los apartes acusados de los artículos 139, 321 y 324 del Decreto 2700 de 1991.

4. Mediante escrito fechado el 17 de abril de 1997, el apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho defendió la constitucionalidad de las normas demandadas.

5. El Procurador General de la Nación, mediante concepto fechado el 19 de mayo de 1997, solicitó a esta Corporación declarar la exequibilidad de las normas acusadas.

III. LA DEMANDA

1. A juicio de los demandantes, el derecho de defensa es un derecho de carácter "indisputable" y, en consecuencia, siempre el Estado se encuentra en la obligación de garantizarlo incluso en contra de la voluntad de su titular, mediante la institución de la defensoría pública. De igual forma, estiman que este derecho fundamental es absoluto, como quiera que "no encontramos ningún sustento constitucional, internacional, de derecho natural o esencialidad del interés general para limitarlo, (...), por lo cual sostenemos que se trataría

acaso del único derecho establecido en términos absolutos por la Constitución y las demás normas superiores".

Según los actores, esta situación responde al hecho de que el derecho fundamental de defensa persigue, fundamentalmente, restablecer una situación de equilibrio que resulta quebrantada en razón de la situación de inferioridad e indefensión de las personas frente al Estado, toda vez que éste es el único titular de la acción penal. En opinión de los libelistas, el carácter absoluto del derecho de defensa autoriza, incluso, la vulneración "de derechos ajenos en su legítimo ejercicio".

Señalan que, en la medida en que el artículo 29 de la Constitución establece que quien tiene derecho a la defensa es el sindicado, podría pensarse que este derecho sólo está garantizado a aquellas personas formalmente vinculadas al proceso penal, esto es, a las personas que rindieron diligencia de indagatoria. Dicho en otras palabras, sería factible pensar que "durante la indagación preliminar y, después de abierta formal investigación hasta cuando se produzca el acto de vinculación, no está garantizado el derecho de defensa". Sin embargo, advierten que la Corte Constitucional (sentencia C-412 de 1993) ha determinado que, en la medida en que durante la indagación previa se persigue determinar la existencia de elementos que ameriten la apertura de una investigación penal, no existe ningún fundamento constitucional para privar al imputado o denunciado de su derecho de defensa.

De otro lado, los actores indican que, frente al abuso del derecho de acceso a la administración de justicia, caracterizado por la gran cantidad de denuncias temerarias o infundadas, el derecho de defensa es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de quien es injustamente atacado por vía de una denuncia penal. Así mismo, los demandantes, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual la distinción entre imputado y sindicado no es relevante a la luz del derecho de defensa (sentencia C-150 de 1993), señalan que "la referencia de la norma constitucional a los sindicados, es por derecho natural aplicable a las personas imputadas como que su situación frente las imputaciones no es esencialmente distinta por la simple variedad de léxico. El derecho de defensa debe ser ejercido en los términos de las normas superiores, es decir en forma plena, desde la apertura de la investigación preliminar".

Agregan que, incluso, si se aceptara la hipótesis según la cual el artículo 29 de la Carta no cobija a quienes no han sido vinculados formalmente a un proceso penal mediante indagatoria, sería aplicable el artículo 8-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.P., artículo 93) que consagra el derecho de defensa sin ninguna clase de limitación. Por otra parte, a juicio de los demandantes, de no otorgarse el derecho de defensa al imputado o denunciado se vulneraría su derecho fundamental a la igualdad (C.P., artículo 13), como quiera que los sindicados, quienes sí son titulares de las garantías contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, no se encuentran en una situación de hecho distinta que amerite un tratamiento desigual.

2. Con base en las premisas anteriores, consideran que la expresión "que rindió versión preliminar", contenida en el artículo 321 del Decreto 2700 de 1991, es inconstitucional, toda vez que impone restricciones al derecho de defensa de aquellas personas, vinculadas a

una investigación previa que aún no han rendido versión preliminar. En su opinión, la norma acusada establece una relación de dependencia entre la reserva y la defensa técnica, toda vez que determina, como excepción a la primera, que "a partir de la diligencia de versión libre el defensor técnico podrá acceder a la información preliminar y obtener copias". En primer lugar los demandantes estiman que la reserva debe ser respetada por todos los intervinientes, cualquiera sea la etapa procesal en que se encuentre la actuación. De otro lado, consideran que aquélla fue concebida como mecanismo de protección al derecho a la información y no como una limitación al derecho de defensa. A su juicio, "es contrario a toda lógica que sólo por excepción el abogado defensor pueda conocer las diligencias".

A juicio de los libelistas, la vinculación de una persona a una investigación previa se produce mediante la atribución de algún delito y no a través de la versión preliminar, la cual es tan sólo un medio de prueba y de defensa de carácter no obligatorio. Esta particularidad determina, en su opinión, que la ausencia de versión preliminar no pueda ser considerada como un "pretexto para impedir el ejercicio del derecho de defensa". Los demandantes consideran que, durante la etapa de investigación previa, las personas deben contar con los medios de defensa necesarios para evitar que, en lo posible, el fiscal decrete una apertura de investigación.

De otro lado, los actores manifiestan que la decisión de un imputado de rendir o no versión preliminar se enmarca dentro de una específica estrategia de defensa, la cual sólo puede ser determinada a partir de un análisis de las pruebas que obran en el expediente. Si el acceso a estas pruebas, protegidas por la garantía de la reserva, se encuentra supeditado al hecho de haber rendido versión preliminar, como lo dispone el artículo 321 del Decreto 2700 de 1991, la estrategia de defensa diseñada por el imputado o su defensor puede llegar a perder toda su efectividad.

En suma, los libelistas consideran que "la consecuencia indiscutible de la norma del 321 es que el derecho de defensa -con o sin abogado, porque como se verá el artículo 324 impone la misma limitación al imputado-, sólo puede ejercerse a partir de una diligencia que no es crucial para la investigación, encuadrando, so pretexto de guardar la reserva de las diligencias, una limitación opuesta al derecho reconocido en la Constitución Nacional, las leyes internacionales y otras normas internas".

3. Con relación al aparte demandado del artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, los demandantes afirman que "esta norma, leída sin prevenciones, no parece contradecir la Constitución Nacional, pero debe observarse que fue consagrada, al igual que el artículo 321, como desarrollo del texto original del artículo 7° del Decreto 2700 de 1991". Este último, que establecía que el derecho de contradicción podría ser ejercido durante la investigación preliminar con las excepciones que señalara la ley, fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-150 de 1993, en la cual se consideró que este tipo de excepciones eran inconstitucionales.

Así mismo, los actores consideran que el artículo 324 del Decreto 2700 de 1991, "no hace otra cosa que reiterar (el artículo 321), pues de acuerdo con su texto, una persona quien se sabe imputada, todo lo que puede hacer es solicitar que la escuchen en versión libre y

designar un abogado para que la asista. En otras palabras no tendrá acceso a la actuación mientras no se practique la diligencia de versión libre (...)". Por esta razón, las consideraciones realizadas en torno a la inconstitucionalidad del artículo 321 del Decreto 2700 de 1991 son válidas para el caso del artículo 324.

4. Por último, los libelistas estiman que el artículo 139 del Decreto 2700 de 1991 es contrario al artículo 29 de la Constitución en cuanto parece garantizar el derecho de defensa sólo a los sindicados. A su juicio, este derecho debe poder ser ejercido desde el momento mismo en que "se abre una investigación preliminar". Los demandantes anotan que "basta leer descuidadamente la norma acusada para comprender que el legislador está supeditando el derecho de defensa en su expresión de defensor técnico, independientemente de que sea privado o designado de oficio, a que la persona contra la cual se abrió la investigación - haya o no existido indagación preliminar - sea vinculada formalmente a la investigación. En otras palabras, quien tenga conocimiento de que en su contra se abrió un proceso penal, no puede designar defensor sino a partir del momento en que el despacho que esté conociendo de la actuación evacue, puesto que ni siquiera basta que lo haya ordenado, la diligencia de indagatoria y, de no ser posible, lo hayan declarado en contumancia".

5. De igual forma, lo anterior vulnera el derecho fundamental a la igualdad (C.P., artículo 13), como quiera que mientras el apoderado de la parte civil ha tenido pleno acceso a las pruebas, este derecho es restringido al defensor del imputado, quien sólo puede acceder a tales pruebas una vez que su patrocinado haya sido formalmente vinculado al proceso.

IV. INTERVENCIONES

Intervención del Fiscal General de la Nación

El Fiscal General de la Nación afirma que comparte las apreciaciones de los demandantes en relación con la importancia del derecho de defensa, lo cual no implica, sin embargo, que de ello pueda deducirse su carácter absoluto. Si se admitiera la tesis de los actores sería imposible establecer cualquier tipo de regulación relativa al derecho de defensa, lo cual conduciría a una situación en donde "resultaría necesario declarar la inconstitucionalidad de toda norma de procedimiento, tanto en lo penal como en los demás campos de la jurisdicción, porque el establecimiento de reglas precisas dentro de los procesos, (...), serían limitantes frente a su libre ejercicio". A juicio del Fiscal, "la lectura literal de un derecho absoluto referido a la institución de la defensa es errónea, porque acaba con la garantía prevista para el ejercicio mismo del derecho, garantía expresa en los procedimientos, respecto de los cuales es claro que su razón generadora es la garantía del derecho sustancial".

Manifiesta que, según la Corte Constitucional (sentencia T-444 de 1992), en la etapa de investigación preliminar es necesaria la conservación de una adecuada reserva, justificada en la necesidad de asegurar el éxito de las tareas de indagación y de garantizar la efectividad de la presunción de inocencia. Por esta razón si no se pone en conocimiento de una persona que existe una investigación preliminar en su contra, ello responde a la necesidad de "delimitar que no se trate de un chisme la noticia criminal que llegó a conocimiento de los

funcionarios".

Agrega que "la estructura de la investigación preliminar plantea un momento de perplejidad, en el cual no es posible avisar del curso de la investigación, porque se puede malograr su éxito (...). Interpretar esta norma como una limitación del derecho de defensa es contrario a toda lógica, y resulta rotundamente miope ante la percepción de una realidad nacional compleja y mediada por múltiples actores violentos con capacidad de intimidación de testigos".

Por último, señala que si a una persona no se le notifica que existe una investigación preliminar en su contra, ello obedece al hecho de que, en esa etapa, aún no existe proceso penal alguno y puede concluir mediante una resolución inhibitoria, en caso de que el Fiscal considere que los hechos no existieron, que la conducta es atípica o que está plenamente probada una causal de antijuridicidad o de inculpabilidad.

Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El apoderado del Ministerio de Justicia y del Derecho señala que, según las normas de procedimiento penal colombiano, los fiscales pueden ordenar la apertura de una investigación previa cuando tengan noticia acerca de la comisión de un probable hecho punible, con el fin de recaudar la información necesaria para determinar si se justifica o no la puesta en marcha del aparato investigativo del Estado. Durante esta fase, el fiscal puede o no escuchar al imputado en versión libre. En caso de escucharlo, éste podrá ejercer su derecho de defensa, "por cuanto es a partir de esa actuación cuando se considera que la persona se ha enterado de las acusaciones existentes en su contra".

Indica que los artículos 322 y 324 (modificado por el artículo 41 de la Ley 81 de 1993) del Código de Procedimiento Penal aseguran la garantía del derecho de defensa de las personas a quienes se ha imputado la comisión de un delito durante la etapa de investigación previa, la cual resulta reforzada por la obligatoria notificación al Ministerio Público acerca de la apertura de esta fase pre-procesal. Además, manifiesta que la naturaleza misma de la etapa de investigación previa, así como su finalidad, determinan la imposibilidad de que, durante esta fase, se lleve a cabo un ejercicio exhaustivo del derecho de defensa del imputado, el cual debe producirse en forma plena durante el proceso penal, bien sea en la etapa de instrucción o en la de juzgamiento.

En opinión del interviniente, la reserva que opera tanto durante la investigación previa como durante la etapa del sumario (C.P.P., artículos 321 y 331) no afecta la efectividad del derecho de defensa, toda vez que tal reserva se erige como medida protectora del interés general, de la correcta administración de justicia y de la dignidad del imputado o del sindicado. Adicionalmente, el artículo 228 de la Carta determina que las actuaciones de la administración de justicia son públicas, salvo que la ley establezca alguna excepción.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Según el concepto fiscal, la investigación preliminar es una etapa que antecede al pro-

ceso penal propiamente dicho y que tiene como objeto determinar si hay lugar o no al ejercicio de la acción penal por parte del Estado. Para el logro de este propósito, las autoridades de policía judicial pueden adoptar todas las medidas necesarias para establecer si los hechos materia de la investigación efectivamente ocurrieron y si tipifican alguna conducta punible y para determinar la identidad de los autores o partícipes del delito. Por esta razón, la orden y práctica de pruebas es connatural a los fines de esta etapa.

El Procurador considera que la reserva a que se encuentran sometidas las etapas de investigación previa y de instrucción (C.P.P., artículos 8°, 321 y 331) encuentra fundamento en la disposición del artículo 228 de la Constitución, según el cual las actuaciones de las autoridades judiciales son públicas salvo las excepciones establecidas por la ley. En opinión del Procurador, lo anterior busca preservar los fines del proceso penal y de la presunción de inocencia y el buen nombre de los imputados o sindicados de la comisión de un determinado delito. Sin embargo, señala que "el hecho de que la investigación -como tal, y previa- sean susceptibles de reserva, no puede comportar menoscabo del derecho de defensa, garantizado, (...), desde los inicios de la puesta en marcha de la actividad persecutoria de los cuerpos de policía judicial del Estado".

Asegura que el ejercicio del derecho de defensa, que se garantiza al sindicado durante el proceso penal, se hace extensivo al imputado durante la investigación preliminar, como quiera que de esta etapa "puede derivarse una imputación, y más tarde, una sindicación concreta en relación con la comisión de una conducta ilícita". Con base en las sentencias C-150 y C-412 de 1993, proferidas por la Corte Constitucional, el representante del Ministerio Público asegura que "aún en la etapa pre-procesal, el imputado debe tener asegurado el acceso al expediente y a las pruebas que lo involucran como autor o partícipe de un hecho de carácter delictual, a fin de que pueda ejercitar a cabalidad el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 29 de la Carta".

No obstante, considera que el hecho de que el imputado, durante la investigación preliminar, sólo pueda acceder al expediente cuando haya rendido versión preliminar se explica porque, durante esta fase pre-procesal, los supuestos materiales de la investigación son aún difusos. En su criterio, "el llamamiento a rendir versión libre concreta las labores de persecución penal en cabeza del individuo, por lo que se justifica en ese momento, y no antes, que éste se introduzca en el debate acerca de la ocurrencia del punible o la determinación de la responsabilidad de él derivada, con el objeto de participar en la controversia probatoria y proveer a su eficaz defensa". Agrega que, con todo esto, se busca evitar que quien no tenga un interés legítimo en el proceso acceda a éste para controvertir el material probatorio.

Para terminar, el concepto fiscal indica que las presuntas limitaciones al derecho de defensa durante la etapa de investigación previa, alegadas por los demandantes, resultan desestimadas por el propio tenor del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, como quiera que allí se establece que el imputado podrá solicitar que se le escuche en versión preliminar, diligencia para la cual está autorizado a nombrar un defensor que lo asista en ella y en las etapas posteriores del proceso.

Con base en las anteriores consideraciones, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte que declarara la exequibilidad de las normas acusadas.

VI. FUNDAMENTOS

1. La Corte es competente para conocer del proceso de la referencia de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 transitorio de la Constitución Política.

2. Las tres normas impugnadas se ocupan de regular el momento a partir del cual una persona, cuya conducta está siendo penalmente investigada, tiene el derecho de conocer las respectivas diligencias y asumir plenamente su defensa. Sin embargo, mientras el artículo 139 se refiere a la vigencia y oportunidad del nombramiento de defensor durante el proceso - indicando que procede una vez la persona ha sido legalmente vinculada -, los artículos 321 y 324 aluden al derecho de defensa en la etapa pre-procesal, denominada "investigación previa".

Los demandantes consideran que las normas precitadas violan los artículos 13, 29 y 93 de la Carta. A su juicio, el derecho de defensa (C.P. art. 29) es absoluto y, por lo tanto, toda restricción es inconstitucional. En este orden de ideas, indican que el derecho a conocer las diligencias practicadas en una investigación penal y a nombrar defensor técnico, no puede supeditarse a la realización de actos como la declaración libre - en la investigación previa - o la indagatoria - en la etapa de investigación -, pues tales restricciones violan el derecho de defensa y, en consecuencia, el derecho al debido proceso. Adicionalmente consideran que las disposiciones cuestionadas comprometen el principio de igualdad, pues otorgan un tratamiento diferenciado al imputado que no rinde versión libre o indagatoria, respecto de la parte civil, que desde la apertura de la investigación, tiene acceso a todas las diligencias.

Tanto el Fiscal General de la Nación, como el Procurador General de la Nación, se oponen a las pretensiones de la demanda. En su criterio, el derecho de defensa (C.P. art. 29), al igual que los restantes derechos constitucionales fundamentales, admite restricciones, siempre que éstas resulten razonables y proporcionadas. Indican que en el proceso penal el derecho al debido proceso de la persona investigada no es el único bien que debe defenderse, pues adicionalmente está de por medio, entre otros, el derecho a la justicia, que no es otra cosa que el derecho a la verdad y la protección de los derechos que resultaron violados o amenazados con la acción criminal. Opinan que supeditar el derecho de defensa a la realización de las diligencias de que tratan las normas demandadas, es una restricción justificada que tiende a la racionalización de las distintas etapas de la investigación. Con tal regulación se garantiza que, sólo respecto de quien tiene un legítimo interés, - lo que se avala mediante las mencionadas diligencias -, se pueda levantar la reserva que debe existir para asegurar la eficacia de la acción punitiva del Estado.

Se pregunta la Corte si viola el derecho al debido proceso (C.P. art. 29) la disposición legal que supedita el ejercicio del derecho de defensa en la investigación previa del proceso penal a la realización de la diligencia de rendición de versión libre y, si ello no hubiere ocurrido, a la realización de la indagatoria durante la primera etapa del proceso.

El alcance del derecho fundamental al debido proceso y, en particular, del derecho de defensa

3. Los actores firman que el derecho al debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, tienen carácter *absoluto*. Con el anterior aserto, los demandantes quieren significar el alcance ilimitado de los derechos en mención, a raíz de lo cual se derivaría la inexequibilidad de las disposiciones legales que los restringen.

En efecto, en los términos de la demanda, considerar que un determinado derecho fundamental tiene carácter ilimitado, implica, necesariamente, aceptar que se trata de un derecho que no puede ser restringido y que, por lo tanto, prevalece sobre cualquiera otro en los eventuales conflictos que pudieren presentarse. Pero su supremacía no se manifestaría sólo frente a los restantes derechos fundamentales. Un derecho absoluto o ilimitado no admite restricción alguna en nombre de objetivos colectivos o generales o de intereses constitucionalmente protegidos.

Si el sistema constitucional estuviese compuesto por derechos ilimitados sería necesario admitir (1) que se trata de derechos que no se oponen entre sí, pues de otra manera sería imposible predicar que todos ellos gozan de jerarquía superior o de supremacía en relación con los otros; (2) que todos los poderes del Estado, deben garantizar el alcance pleno de cada uno de los derechos, en cuyo caso, lo único que podría hacer el poder legislativo, sería reproducir en una norma legal la disposición constitucional que consagra el derecho fundamental, para insertarlo de manera explícita en el sistema de derecho legislado. En efecto, de ser los derechos *"absolutos"*, el legislador no estaría autorizado para restringirlos o regularlos en nombre de otros bienes, derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para que esta última consecuencia pueda cumplirse se requeriría, necesariamente, que las disposiciones normativas que consagran los *"derechos absolutos"* tuviesen un alcance y significado claro y unívoco, de manera tal que constituyeran la premisa mayor del silogismo lógico deductivo que habría de formular el operador del derecho.

Sin embargo, el sistema constitucional se compone de una serie de derechos fundamentales que se confrontan entre sí. Ello, no sólo porque se trata de derechos que han surgido históricamente como consecuencia de la aparición de valores contrarios, sino porque, incluso, los que responden a sistemas axiológicos "uniformes" pueden verse enfrentados o resultar opuestos a objetivos colectivos de la mayor importancia constitucional. Así, para solo mencionar algunos ejemplos, el derecho a la libertad de expresión (C.P. art. 20) se encuentra limitado por el derecho a la honra (C.P. art. 21), al buen nombre y a la intimidad (C.P. art. 15) y viceversa ; el derecho de asociación sindical no se extiende a los miembros de la fuerza pública (C.P. art. 39); el derecho de huelga se restringe en nombre de los derechos de los usuarios de los servicios públicos esenciales (C.P. art. 56); el derecho de petición esta limitado por la reserva de ciertos documentos para proteger intereses constitucionalmente valiosos (C.P. art. 23 y 74) ; el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra limitado por "los derechos de los demás y el orden jurídico" (C.P. art. 16), etc.

No obstante, a pesar de los múltiples conflictos que, como los antes mencionados, son de común ocurrencia entre los derechos fundamentales o entre éstos e intereses constitu-

cionalmente protegidos, resulta que la Constitución no diseñó un rígido sistema jerárquico ni señaló las circunstancias concretas en las cuales unos han de primar sobre los otros. Sólo en algunas circunstancias excepcionales surgen implícitamente reglas de precedencia a partir de la consagración de normas constitucionales que no pueden ser reguladas ni restringidas por el legislador o por cualquier otro órgano público. Son ejemplo de este tipo de reglas excepcionales, la prohibición de la pena de muerte (C.P. art. 11), la proscripción de la tortura (C.P. art. 12) o el principio de legalidad de la pena (C.P. art. 29). Ciertamente, estas reglas no están sometidas a ponderación alguna, pues no contienen parámetros de actuación a los cuales deben someterse los poderes públicos. Se trata, por el contrario, de normas jurídicas que deben ser aplicadas directamente y que desplazan del ordenamiento cualquiera otra que les resulte contraria o que pretenda limitarlas.

Sin embargo, estos son casos excepcionales. En efecto, como quedó visto, la mayoría de los derechos fundamentales pueden verse enfrentados a otros derechos o intereses constitucionalmente relevantes. En estas condiciones, para asegurar la vigencia plena y simultánea de los distintos derechos fundamentales y, adicionalmente, para garantizar el respeto de otros intereses constitucionalmente valiosos, es necesario que los derechos se articulen, auto - restringiéndose, hasta el punto en el cual resulte posible la aplicación armoniosa de todo el conjunto. A este respecto, ha señalado la Corporación:

"Los derechos fundamentales, no obstante su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles[1] *".*

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones. En efecto, más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, la Carta consagra *estándares* de actuación que deben ser aplicados atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de "pluralismo valorativo", la Carta adoptó un modelo en el cual las normas *iusfundamentales* tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos. En suma, la Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso.

En estas condiciones, la tarea del legislador es la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro. Así por ejemplo, las reglas del procedimiento penal surgen como resultado de la ponderación de todos los derechos e intereses inmersos en la cuestión criminal: la garantía

1 SC- 578 de 1995. M.P. Dr. Cifuentes Muñoz.

de los derechos que pueden verse afectados por una acción delictiva, la defensa del inocente, la búsqueda de la verdad, etc.

En ejercicio del control constitucional, el papel del juez no es el de evaluar si la ponderación realizada por el legislador a la hora de definir las reglas que regulan y, en consecuencia, limitan los derechos, son *las mejores*. Su función constitucional es simplemente la de controlar los virtuales excesos del poder constituido o, en otras palabras, las limitaciones arbitrarias, innecesarias, inútiles o desproporcionadas de los derechos fundamentales. Para ello, se ha elaborado un arsenal hermenéutico que vincula al funcionario judicial con criterios de decisión - como sus propios precedentes, el juicio de proporcionalidad o de razonabilidad, la aplicación del principio de concordancia practica o armonización concreta, etc. - que surgen de las fuentes del derecho y que deben ser expuestos de manera clara en los motivos que fundamentan una determinada decisión judicial.

4. El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Como acaba de ser explicado, algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la *no reformatio in pejus*, o el principio de favorabilidad (C.P. art. 29).

No obstante, otros de los elementos integrantes del debido proceso tienen la estructura lógica de *estándares* o reglas que deben ser aplicadas *prima facie*, y admiten ponderaciones o limitaciones útiles, necesarias y proporcionadas para asegurar la vigencia de otro derecho fundamental o de un interés constitucional de igual entidad. En particular, el derecho de defensa es uno de aquellos derechos que plantea parámetros de actuación que deben ser regulados por el legislador garantizando su máxima aplicación, pero cuidándose de afectar otros derechos o bienes constitucionalmente valiosos que se encuentran en juego en el juicio penal o administrativo. En otras palabras, el derecho de defensa admite restricciones destinadas al logro de una finalidad legitima de la misma entidad que el derecho que se restringe, siempre que no afecte su contenido esencial y que se trate de limitaciones útiles, necesarias y estrictamente proporcionadas a los beneficios que se busca alcanzar.

Frente a la tensión entre el derecho de defensa y el derecho a la justicia - a reconocer la verdad de los hechos reprochables, proteger a las víctimas y sancionar a los responsables - , no existe ninguna razón constitucional para sostener que el primero tenga primacía sobre el segundo o viceversa. En efecto, si los derechos de las víctimas tuvieren preeminencia absoluta sobre cualesquiera otros, podría desprotegerse al inculpado hasta el punto de desconocer la presunción de inocencia, y privar de libertad al sujeto mientras no se demuestre su inocencia. Sin embargo, si los derechos del procesado - como el derecho de defensa - tuvieren primacía absoluta, no podría establecerse un término definitivo para acometer la defensa, ni restringirse la oportunidad para practicar o controvertir las pruebas, ni negarse la práctica de pruebas inconducentes cuando hubieren sido solicitadas por el procesado, etc. Predicar la supremacía irresistible del derecho de defensa equivaldría, en suma, a someter al proceso a las decisiones del procesado.

En síntesis, como la concepción "absolutista" de los derechos en conflicto puede conducir a resultados lógica y conceptualmente inaceptables, la Carta opta por preferir que los derechos sean garantizados ***en la mayor medida posible***, para lo cual deben sujetarse a restricciones adecuadas, necesarias y proporcionales que aseguren su coexistencia armónica.

En los términos descritos, la tarea de la Corte es la de verificar si la condición que imponen las normas demandadas - y que consiste en rendir versión libre o indagatoria, salvo el caso de la declaración de persona ausente -, para que las personas investigadas puedan acceder a las diligencias del proceso penal y ejercer plenamente el derecho de defensa, es desproporcionada.

Juicio de proporcionalidad de la condición impuesta por las normas estudiadas

5. Si bien la versión libre y espontánea y la declaración indagatoria constituyen fundamentalmente medios de defensa del imputado, lo cierto es que imponerlos como condición para acceder a las diligencias practicadas en la investigación penal, tiene una doble implicación restrictiva. En primer lugar, puede acontecer que una estrategia de defensa consista en omitir, al menos en un primer momento, la versión libre y espontánea. No obstante, a la luz de las normas demandadas, ello acarrearía que el sujeto no tendría derecho a nombrar apoderado para que lo represente, además de no poder acceder a las diligencias practicadas, lo que sólo podría hacer a raíz de su posterior vinculación mediante la indagatoria o la declaración de persona ausente. En consecuencia, el legislador restringe las posibilidades de defensa al preferir, en esta primera parte de la investigación, la alternativa de rendir la versión libre sobre otras que podrían resultar más ajustadas a los intereses de la persona investigada. En segundo lugar, podría sostenerse que el ejercicio del derecho de defensa es más efectivo si, antes de rendir la versión libre o la declaración de indagatoria, el implicado conoce las diligencias practicadas. A todo lo anterior, podría añadirse que omitir el requisito consagrado en las normas estudiadas no equivale a levantar de manera general la reserva de la investigación, pues el Estado se limitaría a hacerlo exclusivamente en relación con el sujeto respecto del cual podría recaer una imputación penal, para que este o su apoderado accedieran a las diligencias y decidieran, con arreglo a la estrategia de defensa seleccionada, si se someten y en qué momento, a la diligencia de versión preliminar o de indagatoria.

Sin embargo, el hecho de que las normas demandadas consagren una restricción a la posibilidad de defensa del imputado, no significa necesariamente, que esta resulte inconstitucional. En efecto, los intereses constitucionalmente relevantes - como el debido proceso o el derecho a la verdad - suelen restringirse unos a otros, para poder coexistir en las sociedades democráticas. El asunto que debe estudiarse es si la restricción anotada es desproporcionada, vale decir, si la misma tiene una finalidad ilegítima o si limita innecesaria, inútil o injustificadamente, los alcances del derecho de defensa.

6. La consagración de las condiciones restrictivas contenidas en las normas procesales demandadas obedece, fundamentalmente, a una ponderación entre el derecho al debido proceso - dado que se trata, en todo caso, de un medio de defensa - y el derecho a la verdad.

La versión libre y la declaración indagatoria constituyen una fuente de prueba que presenta una enorme eficacia cuando se trata de desvirtuar las imputaciones penales, pues una declaración contundente, que no pudo haber sido prefabricada ya que el imputado no conocía previamente las pruebas que reposan en el expediente, allana el camino para desvincular al sujeto de la investigación y, adicionalmente, para conservar la reserva necesaria en esta primera etapa. La normativa estudiada se encuentra a medio camino entre el *garantismo* y el *eficientismo* penal, pues son razones de prudencia y eficacia, las que explican que esta primera oportunidad de defensa del imputado se lleve a cabo antes de que éste tenga acceso a las diligencias practicadas.

En suma, la parte acusada de las normas demandadas tiene varias finalidades, todas ellas legítimas, como la de restringir la reserva del expediente hasta tanto no exista un dato suficientemente relevante que, como la declaración libre o indagatoria, permitan vincular a un determinado sujeto, o la búsqueda de la verdad para la realización de la justicia y la defensa de los derechos que se protegen a través de la acción penal. Adicionalmente, es evidente que tales disposiciones contribuyen de manera útil al logro de los fines que persiguen, pues la inmediación del imputado con el funcionario judicial, no sólo es un medio de defensa sino, adicionalmente, una fuente de prueba que conduce a la formación de un juicio capaz de sustentar la decisión primaria de vincular o no al sujeto, con las consecuencias antes anotadas.

7. Sin embargo, como lo ha señalado la Corte, el juicio de proporcionalidad entre el fin perseguido por la norma y los medios escogidos, "tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido"[2]. En consecuencia, resta determinar si la alternativa propuesta por los demandantes, consistente en permitir el acceso directo del imputado al expediente, sin condicionarlo a la práctica de la versión libre o de la indagatoria, alcanza el mismo resultado que el que se logra mediante los condicionamientos estudiados, en cuyo caso estos serían inconstitucionales por restringir innecesariamente el derecho de defensa.

Suprimir la condición estudiada para permitir que el procesado acceda directamente al expediente, tendría como resultado aumentar las virtuales estrategias de defensa del implicado, lo que significa un mayor alcance del derecho de defensa. Sin embargo, sustrae a la versión libre o a la indagatoria ulterior la característica de "espontaneidad" y con ello limita las posibilidades de acceso a la verdad e, incluso, puede restarle impacto y credibilidad a la versión del imputado. Esta virtual consecuencia puede operar en contra del investigado que habría de resultar favorecido por el mayor grado de credibilidad que merece una versión espontánea respecto de aquella que puede ameritar una declaración previamente elaborada. La finalidad de patrocinar la verdad y aumentar la credibilidad de la versión para garantizar, en primer lugar, un alcance mayor del derecho de defensa, en segundo término, el costo innecesario de vincular a una persona cuya versión espontánea tendría la virtualidad de liberarlo de responsabilidad y, por último, la reserva del expediente, - pues con ello se garantiza que sólo la persona contra la cual

---

2 Corte Constitucional, sentencia ST 422 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

existen indicios que no pudieron ser desvirtuados por esa primera versión pueda acceder a este -, no se alcanza si se permitiere el acceso directo al expediente.

Así las cosas, la alternativa que prefirió el legislador tiene una finalidad legítima que no puede ser alcanzada a través de medios alternativos menos restrictivos de los derechos, como aquellos propuestos por los actores. En consecuencia, entiende la Corte que se trata de una medida necesaria.

Por último, resta definir cuál es la real dimensión de la limitación que las normas demandadas generan sobre el derecho de defensa y, si desde una perspectiva constitucional, tal restricción tiene similar envergadura a la de los beneficios que aquellas pretenden alcanzar. Se trata pues de realizar un juicio de *estricta proporcionalidad* entre los derechos que se restringen y los beneficios que se persiguen con tal restricción.

8. Dado que la declaración libre y la indagatoria son, ante todo, medios de defensa, el legislador - que ha considerado que deben practicarse antes de que el imputado tenga acceso al expediente -, las ha recubierto de una serie de garantías que aseguran que su práctica no afecte el derecho que dicen defender.

En primer lugar, al sujeto le asiste el derecho a ser oído tan pronto el Estado tiene suficientes elementos para formular en su contra una imputación penal. Los principios de *prontitud* y *oportunidad* han sido defendidos reiteradamente por esta Corporación, al indicar, entre otras cosas:

"El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso - previa o formal -, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa. Hay un derecho al proceso y a la intimidad personal y familiar. Pero, antes, inclusive, la dignidad de la persona humana postula la existencia del derecho a ser sujeto del proceso y no simplemente objeto del mismo. (...)

El debido proceso que se predica de toda clase de actuaciones judiciales se aplica a la etapa de la investigación previa. Dado que es en el proceso donde con mayor intensidad y plenitud de garantías puede participar el imputado, la investigación previa debe tener un período razonablemente breve, circunscribirse a asegurar las fuentes de prueba y a verificar el cumplimiento de los presupuestos mínimos que se requieran para ejercer la acción penal. (...)

El derecho a la presunción de inocencia, que acompaña a toda persona hasta el momento en que se la condene en virtud de una sentencia en firme, se vulnera si no se comunica oportunamente la existencia de una investigación preliminar a la persona involucrada en los hechos, de modo que ésta pueda, desde esta etapa, ejercer su derecho de defensa conociendo y presentando las pruebas respectivas[3]".

---

3 Corte Constitucional sentencia SC 412 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

En suma, resulta violatorio del debido proceso, convocar a un sujeto para que rinda versión preliminar o declaración indagatoria cuando la actividad inquisitiva del Estado se ha postergado hasta conseguir un cúmulo tal de elementos probatorios que hagan imposible o particularmente ardua la defensa. En estas condiciones, puede afirmarse que el Estado debe permitir que el sujeto investigado rinda versión libre o indagatoria, tan pronto resulte posible formular, en su contra, una imputación penal.

Adicionalmente, en el desarrollo de las diligencias deben respetarse una serie de garantías procesales que aseguran la guarda del derecho de defensa. En efecto, la Corte ha indicado que en todas las circunstancias el imputado debe ser asistido por un defensor calificado[4]. Durante la diligencia, el procesado debe ser plenamente advertido sobre todos los delitos que se le imputan y las pruebas que reposan en su contra. Goza del derecho al silencio, a no declarar contra sí mismo e incluso puede optar por faltar a la verdad sin que sea sancionado por ello, pues tiene el derecho a no ser juramentado. Si llegare a formularse un interrogatorio, el funcionario judicial debe realizar preguntas claras y unívocas, no puede hacer preguntas sugestivas o capciosas, ni realizar promesas o presiones, directas o indirectas, para inducir una respuesta predeterminada. Adicionalmente, el imputado puede decir todo aquello que considere útil o conducente para su defensa y los funcionarios judiciales deben hacer constar todo lo dicho, en un acta que habrá de ser firmada por el propio imputado y por su apoderado.

En síntesis, exigir la práctica de la versión libre o de la indagatoria - cuando ello fuere posible - como condición para que el investigado pueda acceder al expediente, no parece afectar muy intensamente el derecho de defensa, pues las condiciones que rodean la práctica de tales diligencias aseguran que el imputado o procesado tenga múltiples garantías que impiden un abuso del poder inquisitivo del Estado. En otras palabras, dadas las condiciones bajo las cuales se rinde la versión libre y la indagatoria, no resulta desproporcionado someter el derecho pleno de defensa a su práctica, pues el mínimo costo que ello implica, se justifica ampliamente en las razones de prudencia y eficacia que explican la existencia de tal condicionamiento.

No sobra indicar que, naturalmente, si el implicado tuvo la oportunidad de rendir versión libre y espontánea, al momento de la indagatoria tendrá conocimiento de los cargos que se le imputan y de las pruebas que en su contra reposan en el expediente. Inclusive, si el implicado evade la acción de la justicia y se niega a rendir indagatoria, tendrá derecho a una defensa técnica con acceso al expediente, a partir del momento de su vinculación a través de la declaratoria de persona ausente. Desde entonces podrá ejercer plenamente el derecho a la defensa técnica.

Por las razones expuestas, considera la Corte que la limitación del derecho de defensa que efectúan las normas impugnadas no vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Efectivamente, al constituir una restricción razonable y proporcionada a los fines constitu-

---

4 Corte Constitucional sentencias SC 592 de 1994 y SC 049 de 1996, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, entre otras.

cionales que persigue, debe afirmarse que la misma no afecta las garantías constitucionales de la defensa del imputado. En este sentido, se concluye que el debido proceso, en los dos eventos examinados, es el que con toda propiedad indican las disposiciones legales acusadas, las cuales han tomado en consideración todos los factores que inciden en el contenido y alcance de los fenómenos procesales estudiados.

9. Alegan los actores que las disposiciones cuestionadas violan el principio de igualdad, en la medida en que a su juicio, permiten la participación plena en el proceso de la parte civil, mientras limitan la posibilidad de defensa del imputado.

A juicio de la Corporación, la parte civil y las personas respecto de las cuales recae una imputación penal no se encuentran en las mismas condiciones en el proceso y, por ello, mal podría formularse un juicio de igualdad por trato diferenciado. No obstante, es cierto que una ventaja o beneficio desproporcionado a favor de la víctima podría eventualmente implicar una violación de los derechos procesales del imputado o del procesado, al restringir la posibilidad fáctica o jurídica de la defensa.

En estos términos, se pregunta la Corte si las normas demandadas otorgan a la parte civil un tratamiento favorable que afecte el derecho de defensa del imputado o del procesado.

Para poder realizar el juicio de constitucionalidad planteado, es condición necesaria estudiar las normas que consagran los derechos procesales de las víctimas del delito. Según el Código de Procedimiento Penal (art. 45), la parte civil no puede constituirse - y, por lo tanto, participar - en la investigación previa. No obstante, si quien tiene interés para constituirse en parte civil denuncia el hecho punible, puede, por ese hecho, solicitar la revocación de la resolución inhibitoria (C.P.P. art. 328), apelar la decisión ante el superior del funcionario que la produjo, nombrar apoderado y conocer, a partir de entonces, las diligencias practicadas (C.P.P. art. 327). Ahora bien, esto sólo puede hacerlo al finalizar la investigación previa y siempre que hubiere denunciado el hecho. Sin embargo, la ley procesal penal le otorga al imputado la facultad de acceder al expediente con antelación, para que conozca las pruebas practicadas y para que asuma la defensa plena de sus intereses. La norma exige, sin embargo, que se rinda versión libre, lo que se reitera no parece una carga desproporcionada. En estas condiciones, no encuentra la Corte que haya un trato que beneficie a la víctima del delito respecto de la persona sobre la cual recae la imputación penal, afectando el derecho de defensa de esta última. Ciertamente, las dos partes pueden participar en igualdad de condiciones en el cierre de la investigación previa, siempre que la persona afectada por el hecho criminal hubiere denunciado el delito y que el sujeto implicado rinda versión libre, lo que no compromete ninguna norma constitucional.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

RESUELVE:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE, por las razones expresadas en la providencia, el inci-

so segundo del artículo 139 del Decreto 2700 de 1991.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE la expresión "***que rindió versión preliminar***" del artículo 321 del Decreto 2700 de 1991.

Tercero.- Declarar EXEQUIBLE, por las razones expresadas en la providencia, el inciso tercero del artículo 324 del Decreto 2700 de 1991.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ , Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES SEPTIEMBRE 1997

SENTENCIA No. C-421
septiembre 4 de 1997

ACUERDO INTERNACIONAL-Suscripción por funcionario competente

El Acuerdo fue firmado por el Ministro de Desarrollo Económico, el Presidente de la República le confirió a aquél plenos poderes para que en nombre del Gobierno Nacional firmara el Acuerdo en cuestión, esta Corporación concluye que el Instrumento Público fue suscrito por el funcionario competente.

ACUERDO INTERNACIONAL-Relaciones internacionales sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional

El Acuerdo que se revisa básicamente tiene dos tipos de normas; unas establecen cómo y cuál es el tipo de compromiso que adquieren las partes, las otras contienen reglas relativas al propio funcionamiento del Acuerdo. Lo importante es que tanto en las primeras como en las segundas, las partes reciben un tratamiento equitativo; las actividades que se compromete a desarrollar un país son las mismas a las que se compromete el otro; ambas naciones pueden negarse a cumplir obligaciones que entren en conflicto con otras adquiridas con anterioridad; participan por igual en la comisión que ordena crear el propio Acuerdo y pueden denunciarlo en las mismas oportunidades. Este tratamiento equitativo, a su vez implica reciprocidad, de hecho el convenio tiene por objeto mejorar el turismo en los dos países y el trabajo conjunto con fines comunes que reportarán claros beneficios en materia económica, social, cultural y educativa para las partes. Por tanto, se ha de concluir que se trata de un Instrumento Público ajustado a la Constitución, ya que promueve la internacionalización de las relaciones de Colombia sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

ACUERDO DE COOPERACION EN MATERIA DE TURISMO

El Acuerdo postula que el turismo, más allá de ser una actividad económica, es una vía que les permite a los pueblos presentarse ante el mundo orgullosos de lo que son, de su cultura y de sus tradiciones, al tiempo que también les permite conocer a otros pueblos.

ACUERDO INTERNACIONAL-Mecanismos en materia educativa

El turismo, tal y como se concibe en el convenio, juega un papel educativo inherente, permite a las personas ampliar el conocimiento del mundo, de diferentes culturas, geografía, ecología, historia o modos de vida, tanto de otras latitudes como de las propias. Pero adicionalmente, el Acuerdo también contempla mecanismos importantes en materia educativa, pues ambas partes se comprometen a desarrollar programas de estudio en áreas relacionadas con el turismo y a constituir fondos que ofrezcan becas para acceder a aquellos.

ACUERDO INTERNACIONAL-Promoción de la cultura

Es posible hablar de promoción cultural, por lo menos en dos sentidos: haciendo referencia a la adquisición de conocimientos e información y al ejercicio de las facultades intelectuales, o haciendo referencia al conjunto de manifestaciones que expresan la vida tradicional, artística y social de un pueblo. El Acuerdo es importante en ambos sentidos, sus aportes contemplan las dos dimensiones de la cultura. Es tan relevante este punto en el convenio, que incluso se contempla una protección especial al patrimonio cultural mediante el compromiso expreso de que ambas partes se colaboren mutuamente en la recuperación de edificios históricos.

ACUERDO INTERNACIONAL-Promoción de la recreación

El turismo también ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho a la recreación, una de las habituales y benéficas maneras en que las personas aprovechan el tiempo libre, es viajando y conociendo lugares distintos a aquellos en los que habitualmente residen. Pero el Acuerdo resulta de gran utilidad, pues una de las mejores formas en que el Estado puede garantizar la recreación, es permitiendo y estimulando a los particulares para que ofrezcan programas destinados a facilitar el acceso a actividades de esta índole.

ACUERDO INTERNACIONAL-Garantía de la libertad de empresa

El otro derecho constitucional que claramente se beneficia con el Instrumento Público que se revisa, es la libertad de empresa. En tal sentido, este convenio, encaminado a mejorar y fomentar las relaciones en materia turística con España, se constituye en un medio para que el Estado cumpla con tal obligación, pues es una forma de atraer capital extranjero y abrir nuevos mercados, lo que, sin lugar a dudas, multiplica las posibilidades empresariales y laborales en este sector de la economía.

ACUERDO INTERNACIONAL-Cumplimiento de los fines del Estado

El Acuerdo entre Colombia y España que se revisa, no solo no contraria normas de la Carta Fundamental, sino que desarrolla los principios que rigen las relaciones internacionales y permiten el ejercicio y defensa de varios derechos constitucionales. Lo cual, sumado al hecho de que el mejoramiento y fomento del sector turístico, de gran importancia para la economía nacional, implica promover la prosperidad general, permite concluir que el Instrumento Público en cuestión, cumple una de las finalidades del Estado.

Referencia: Expediente LAT-098

Revisión constitucional del *Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España*, firmado en Santafé de Bogotá el 9 de junio de 1995 y de la Ley 350 del 16 de enero de 1997, aprobatoria del mismo.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 241 de la Constitución Nacional, y dentro del trámite allí dispuesto, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a la Corte Constitucional copia de la Ley 350 del 16 de enero de 1997, aprobatoria del "*Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España*", firmado en Santafé de Bogotá el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), para efectos de su revisión constitucional.

Cumplidos los trámites señalados en la Constitución y la Ley para procesos de ésta índole, procede la Corte a decidir.

TEXTO DEL TRATADO SUJETO A REVISION

El siguiente es el texto del Acuerdo y la Ley aprobatoria del mismo:

Ley N° 350
16 Enero 1997

Por medio de la cual se aprueba el "acuerdo de Cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España",, firmado en Bogotá, el 09 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

El Congreso de Colombia

Visto el texto del "Acuerdo de Cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España", firmado en Bogotá, el 09 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Acuerdo de Cooperación en Materia de Turismo
entre la República de Colombia
Y el Reino de España

La República de Colombia y El Reino de España

Considerando los lazos de amistad tradicionales que unen a Colombia y España.

Reconociendo la importancia que el turismo puede tener en el desarrollo de la economía y en el fortalecimiento de las relaciones entre ambos países.

Valorando la necesidad de incrementar las relaciones turísticas entre los dos países.

Animados por el espíritu que los llevó a abscribir el Tratado General de Cooperación y Amistad de 29 de octubre de 1992 y con el propósito de lograr en desarrollo.

Destacando su voluntad de ampliar su cooperación con espíritu de equidad y de apoyo a los intereses comunes.

Acuerdan lo siguiente:

Artículo primero

Ambas partes dedicarán una atención especial al desarrollo y ampliación de las relaciones turísticas actualmente existentes y al incremento del turismo entre Colombia y España, como medio para que sus pueblos puedan mejorar el conocimiento recíproco de sus respectivas historias, modos de vida y culturas, y para facilitar la cooperación interempresarial en materia turística.

Artículo segundo

Ambas partes apoyarán la cooperación entre los sectores turísticos de los dos países, tanto de carácter gubernamental como empresarial, y arbitrarán la norma de intercambiar periódicamente expertos en promoción y marketing turísticos, formación e investigación, tecnología turística, así como en desarrollo de actividades y zonas de interés turístico.

Artículo tercero

Ambas partes colaborarán, en la medida de sus posibilidades, en la promoción y desarrollo de los sectores turísticos de los dos países mediante las siguientes acciones:

a) Intercambiar misiones técnicas que realicen estudios sobre las posibilidades turísticas de las zonas que se determinen.

b) Fomentar el intercambio de misiones empresariales que evalúen la oportunidad de negocio y la posibilidad de realizar inversiones turísticas.

c) Realizar programas de cooperación que tengan como fin la promoción o el desarrollo turísticos, especialmente cuando fomenten los tipo de turismo especializado que puedan contribuir al desarrollo diferencial de las regiones y al desarrollo sostenible de la actividad

turística en cada uno de los dos países.

d) Apoyar la cooperación en materia de recuperación de edificios históricos con fines turísticos.

e) Favorecer la colaboración de expertos en materias jurídicas relacionadas con el sector turístico. Asímismo, intercambiar información sobre la legislación turística vigente en cada uno de los dos países.

f) Facilitar la divulgación de las posibilidades y ofertas turísticas del otro país en el suyo propio.

g) Intercambiar información sobre experiencias relacionadas con la promoción turística. Igualmente, intercambiar publicaciones y material de promoción turísticos, cuando sea conveniente.

h) Promover la transferencia recíproca de tecnología relacionada con el desarrollo del turismo, con especial aplicación en actividades de promoción y marketing entre los dos países y frente a terceros.

Artículo cuarto

Las dos partes apoyarán la cooperación en materia de formación turística profesional, se facilitarán recíprocamente información sobre los planes de enseñanza en materia de turismo y colaborarán en la formación de gestores de empresas turísticas y de técnicos del sector.

Con esta finalidad, se facilitarán recíprocamente información sobre las convocatorias de becas de estudio y perfeccionamiento en materia turística destinadas a extranjeros, con el objeto de que puedan solicitarlas los súbditos del otro país que cumplan los requisitos y condiciones establecidos en las convocatorias.

Igualmente, y en la medida de sus posibilidades, establecerán programas bilaterales de formación en materia turística.

Artículo quinto

Ambas partes estimularán su colaboración en la ejecución de programas de investigación turística sobre temas de interés mutuo, tanto través de Universidades como de Centros de Investigación.

Igualmente, intercambiarán información sobre los estudios de investigaciones turística que hayan realizado, así como sobre los resultados de su aplicación.

Artículo sexto

Ambas partes intercambiarán información sobre los programas de desarrollo turístico que se realicen en sus respectivos países, así como sobre los fondos de financiación nacio-

nal e internacional que puedan ser aplicados a esos programas.

Artículo séptimo

Ambas partes se informarán recíprocamente de las reuniones y seminarios de carácter técnico-turístico que puedan celebrarse en sus respectivos países, y procurarán la participación activa o pasiva de sus técnicos en esos actos.

Artículo octavo

Lo dispuesto en este Acuerdo se entiende sin perjuicio de las obligaciones que resultan para cada una de las partes de los Tratados o Convenios Internacionales suscritos para sus respectivos países.

Artículo noveno

Ambas partes deciden la creación de una Comisión Mixta de Cooperación Turística que vele por la aplicación de este Acuerdo y sugiera en cada momento las medidas adecuadas para su realización o actualización.

Esta Comisión Mixta estará compuesta por representantes de las Administraciones Turísticas de los dos países, y se reunirá alternativamente en Colombia y en España en las fechas que se determinen de común acuerdo.

Artículo décimo

El presente Acuerdo entrará en vigor el día en que las parte se hayan notificado mutuamente el cumplimiento de los procedimientos constitucionales internos requeridos para su entrada en vigor. Permanecerá vigente por un período inicial de dos años y se prorrogará por tácita reconducción, por períodos sucesivos de dos años.

Cualquiera de las partes podrá denunciar el presente Acuerdo, mediante notificación escrita por vía diplomática, al menos tres meses antes de la fecha de expiración.

La denuncia del presente Acuerdo no afectará a los proyectos que estén en proceso de ejecución, ni a las garantías y facilidades establecidas para su realización, salvo decisión contraria expresa y escrita por las dos partes.

Firmado en Bogotá, el día 9 de junio de 1995, en dos ejemplares originales en lengua española, teniendo los dos la misma validez.

Por la República de Colombia
Por el Reino de España
Rodrigo Marín Bernal
Ministro de Desarrollo Económico,
Javier Gómez-Navarro Navarrete
Ministro de Comercio y Turismo

La suscrita jefe encargada de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores
Hace constar:

Que la presente reproducción es fiel fotocopia del original de "Acuerdo de Cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España", suscrito en Santafé de Bogotá, D.C., el 09 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995), documento que reposa en los archivos de la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C. a los nueve (9) días del mes de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).
Sonia Pereira Portilla, Jefe Oficina Jurídica (E).

Rama ejecutiva del poder público
Presidencia de la República
Santafé de Bogotá, D.C.

Aprobado. Sométase a la consideración del Honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.
(Fdo.) Ernesto Samper Pizano
El Ministro de Relaciones Exteriores
(Fdo.) Rodrigo Pardo García Peña
Decreta:

Artículo primero: Apruébase el *"Acuerdo de Cooperación en materia de Turismo entre la República de Colombia y el Reino de España"*, firmad en Bogotá, el 09 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995)

Artículo segundo: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1994, el *"Acuerdo de Cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España", firmado en Bogotá, el 09 de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995)*, que por el artículo primero de ésta Ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Artículo tercero: La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.
El presidente del H. Senado de la República
Luis Fernando Londoño Capurro
El secretario general de H. Senado de la República
Pedro Pumarejo Vega
El presidente de la Honorable Cámara de Representantes
Giovanny Lamboglia Mazzilli
El secretario general de la H. Cámara de Representantes
Diego Vivas Táfur
República de Colombia-Gobierno Nacional
Comuníquese y publíquese
Ejecútese previa revisión de la Corte Constitucional conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a 16 Enero 1997
La ministra de Relaciones Exteriores,
María Emma Mejía Vélez
El Ministro de Desarrollo Económico,
Orlando José Cabrales Martínez

MINISTERIO PUBLICO

Dentro de la oportunidad contemplada en el numeral 4 del artículo 242 de la Constitución Nacional, el Procurador General de la Nación rindió el concepto de rigor; en él, solicita a la Corte declarar exequible el Acuerdo que se revisa, y la ley aprobatoria del mismo. El análisis del asunto lo divide en dos partes; un examen formal y otro material.

En la primera parte el Procurador verifica paso a paso, tanto la suscripción del Acuerdo como el trámite de la ley en el Congreso, concluyendo que se cumplió con lo dispuesto en la Constitución. Por un lado, constató que el instrumento internacional fue firmado por el Ministro de Desarrollo Económico, luego de que el Presidente de la República le confiriera plenos poderes para ello; y por otro lado, que el Gobierno presentó el proyecto de ley aprobatoria del Acuerdo al Congreso de la República, en donde se surtieron los cuatro debates, previas las respectivas publicaciones de las ponencias y posteriormente fue objeto de la sanción presidencial.

En la segunda parte, en lo que respecta con el análisis material, el Procurador resalta varios aspectos. El primero de ellos, es que el Acuerdo se suscribió en el marco del Tratado General de Cooperación y Amistad, celebrado en octubre de 1992 entre Colombia y España, lo cual, no solo representa un aporte importante al fortalecimiento de las relaciones internacionales, sino que tiene efectos económicos importantes. En efecto, aduce el Procurador, el turismo es uno de los sectores de mayor crecimiento y rentabilidad en este momento; por lo que el Acuerdo, al fomentar la colaboración en aspectos económicos, de conocimientos y recursos humanos con otra nación como España, representa un factor de desarrollo para este sector y reporta grandes beneficios para el país, en especial para ciertas regiones que pueden ser especialmente explotadas en este campo. Dado lo anterior, el director del Ministerio Público concluye que el instrumento internacional que se estudia no contraría la Constitución, antes bien, desarrolla varios de sus principios como propiciar la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y estimulo del desarrollo empresarial.

INTERVENCION OFICIAL

1. Ministerio de Desarrollo Económico

El ciudadano Carlos Eduardo Serna Barbosa, actuando en representación del Ministerio de Desarrollo Económico, solicita a la Corte que declare exequible la Ley y el Acuerdo objeto de revisión; puesto que cumplen los requisitos formales y materiales exigidos, ya que se suscribieron observando las directrices que impone la Constitución en materia de relaciones internacionales.

Aduce además, que el Acuerdo fomenta las relaciones comerciales de los dos países, los beneficios económicos que esto representa, y propicia un sano encuentro cultural de los dos pueblos; todo sobre la base de los principios del respeto de la soberanía nacional, la igualdad de derechos y el mutuo beneficio.

2. Ministerio de Relaciones Exteriores

El ciudadano Gabriel Cardona Botero, en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, también solicita que se declaren exequibles la Ley y el Acuerdo que ella aprueba. Para sustentar su petición, presenta dos argumentos. El primero de ellos, es que el Acuerdo refleja los nuevos rumbos que ha tomado la economía; en efecto, la internacionalización de los mercados y la apertura económica, impiden que temas como el turismo sean tratados únicamente desde una perspectiva nacional, siendo necesario entonces, propiciar la integración de los países para lograr un posisionamiento turístico mutuo.

El segundo argumento, es que el Acuerdo encuentra justificación y sustento en la Constitución Política. Manifiesta el representante del Ministerio que propender por el desarrollo de la economía, tal y como lo busca el Acuerdo, es una meta que se ajusta a las finalidades del Estado consagradas en los artículos segundo y 266 del Estatuto Superior. El turismo, dice, es una actividad que permite desarrollar y ejercer ciertas garantías constitucionales como la educación (artículos 27 y 67) y el fomento de la cultura (artículo 71).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

Al tenor del numeral 10° del artículo 241 de la Carta Política, esta Corte es competente para ejercer un control integral, previo y automático sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Tal es el caso del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino de España, sobre cooperación en materia de turismo, firmado en Santafé de Bogotá el 9 de junio de 1995, y de su Ley aprobatoria N° 350 de 1997.

2. Suscripción del Instrumento Público Internacional

El primer punto que la Corte debe analizar, es si el Acuerdo que se revisa fue suscrito por el funcionario competente para representar al Estado Colombiano.

Teniendo en cuenta que el Acuerdo fue firmado por el Ministro de Desarrollo Económico, y que según certificación[1] suscrita por el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, el Presidente de la República le confirió a aquél plenos poderes para que en nombre del Gobierno Nacional firmara el Acuerdo en cuestión, esta Corporación concluye que el Instrumento Público fue suscrito por el funcio-

1 Folios 313 del expediente. También se encuentra copia del documento al que dicha certificación hace referencia.

nario competente.

3. Examen formal de la Ley

El segundo punto de la revisión, consiste en determinar si en el proceso de formación de la ley 350 de 1997 se cumplieron los requisitos consagrados en la Constitución para la expedición de este tipo de leyes. En los antecedentes legislativos remitidos a la Corte por el Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores, se pudo establecer lo siguiente:

a) El 6 de mayo de 1996 el Gobierno presentó ante la Secretaría General del Senado, el proyecto de ley aprobatoria del *Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España*, el cual fue publicado con el número 273 en la Gaceta del Congreso[2] y enviado a la Comisión Segunda del Senado, por competencia.

b) La Ponencia para el primer debate del proyecto de ley, fue publicada en la Gaceta del Congreso[3] y aprobaba por la Comisión Segunda del Senado en la sesión del 29 de mayo de 1996, con un quórum deliberatorio y decisorio de nueve (9) Senadores, de los trece (13) que conforman la Comisión[4].

c) La ponencia para el segundo debate fue publicada en la Gaceta del Congreso[5] y aprobada ante la plenaria del Senado, con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, según consta en el acta de la sesión ordinaria del 12 de junio de dicho año[6].

d) La ponencia para el primer debate, en la Comisión Segunda de la Cámara de representantes, fue publicada en la Gaceta del Congreso[7], y aprobada en la sesión del 23 de octubre del mismo año, con un quórum decisorio de quince (15) Representantes[8].

e) La ponencia para el segundo debate, fue publicada en la Gaceta del Congreso[9], y aprobada por la Plenaria de la Cámara de Representantes en la sesión ordinaria del 5 de diciembre del mismo año, cumpliendo con las exigencias constitucionales y legales, según consta en el acta[10] de esa fecha.

f) El proyecto de ley fue sancionado por el Presidente de la República el 16 de enero

---

2 Año V N° 162 del 7 de mayo de 1996.
3 Año V N° 204 del 29 de mayo de 1996.
4 En el expediente consta un certificado de Felipe Ortiz, Secretario de la Comisión Segunda del Senado de la República (folio 432).
5 Año V N° 212 del 5 de junio de 1996.
6 Al respecto, existe una certificación del Secretario General del Senado en el expediente (folio 319).
7 Año V N° 389 del 19 de septiembre de 1996.
8 Según consta en la certificación presentada por el Secretario General de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes (folio 21).
9 Año V N° 542 del 28 de noviembre de 1996.
10 En el expediente se encuentra una copia del acta (folio 22) y una comunicación del Secretario General de la Cámara de Representantes (folio 17).

de 1997 como la ley 350, la cual se remitió a esta Corte para efectos de su revisión, dentro del término constitucional fijado.

g) Por último, debe señalarse que en el trámite surtido en el Congreso se respetó lo dispuesto en el artículo 160 de la Constitución, pues entre el primero y el segundo debate en cada una de las Cámaras transcurrieron más de ocho días, y entre la aprobación del proyecto en el Senado y la iniciación del primer debate en la Cámara, hubo un intervalo mayor de quince días.

En consecuencia, en lo atinente al examen formal de la ley, esta Corporación no encuentra reparo constitucional alguno.

4. Examen material del *Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España.*

4.1. Introducción

El Instrumento Público que se revisa, comienza presentando las razones que llevaron al Reino de España y la República de Colombia a suscribirlo. La primera de ellas es el reconocimiento de los lazos tradicionales de amistad que existen entre los dos países, y el consecuente interés en conservarlos y fortalecerlos. De hecho, el Acuerdo surge dentro del marco del *Tratado General de Cooperación y Amistad* del 29 de octubre de 1992, el cual promueve la celebración de convenios orientados a fomentar las relaciones y el apoyo entre ambas naciones. Dichos gobiernos manifiestan expresamente su voluntad de asociarse, con espíritu de equidad, para trabajar en la consecución de intereses comunes. Precisamente, y esta es la segunda razón, el turismo es uno de ellos. Los dos gobiernos reconocen en la introducción del Acuerdo, la importancia que este sector económico tiene para el desarrollo de los dos países, como uno de los factores determinantes que los llevó a dar su consentimiento.

4.2. Contenido

Son diez artículos los que conforman este Instrumento Público. Los siete primeros definen en qué consiste específicamente la cooperación, señalando lo siguiente:

- La ayuda en materia turística no es un fin en sí mismo; el desarrollo económico, aunque es un aspecto relevante, no es el único. El convenio se constituye en un medio eficaz para permitir a los colombianos y a los españoles conocer recíprocamente sus respectivas historias, culturas, y modos de vida.

- A lo largo de las normas del Acuerdo, se establece que la cooperación se dará en dos niveles: gubernamental y empresarial. El turismo no es únicamente un asunto estatal, pues el sector privado también adquiere cargas y beneficios.

- Desde el artículo segundo hasta el séptimo, se definen los compromisos que adquieren ambas partes, a saber:

Intercambiar periódicamente expertos en todo lo relacionado con turismo (promoción, marketing, desarrollo de zonas de interés, legislación, etcétera).

Fomentar misiones empresariales que evalúen la oportunidad del negocio y la posibilidad de realizar inversiones.

Propiciar la promoción turística, sobre todo cuando sea de carácter especializado, pues con ella se contribuye al "desarrollo diferencial de las regiones y al desarrollo sostenible de la actividad turística".

Colaborarse mutuamente en la reconstrucción de edificios históricos.

Divulgar recíprocamente los planes y ofertas turísticas que existen en cada país.

Crear programas de estudios a nivel profesional relacionados con el tema, facilitando el acceso a ellos mediante la constitución de fondos para becas.

Estimular investigaciones sobre temas de interés mutuo, a través de universidades y centros de investigación.

Las tres normas restantes se ocupan de aspectos necesarios para que el Acuerdo pueda desarrollarse adecuadamente. El artículo octavo, por ejemplo, exime a los dos países de cumplir con aquellas obligaciones que impliquen desconocer compromisos adquiridos con anterioridad al convenio; una regla útil, en tanto brinda la solución de eventuales conflictos que se puedan presentar en el futuro. El articulo noveno crea una comisión mixta de cooperación turística, cuya función es velar por la aplicación del Acuerdo y sugerir las medidas adecuadas para actualizarlo. Finalmente, el artículo décimo define reglas indispensables, de carácter procesal. En primer lugar establece que el convenio comenzará a regir el día en que las partes se hayan notificado mutuamente el cumplimiento de los procedimientos constitucionales internos requeridos; en segundo lugar, que la vigencia será de dos años, prorrogándose por tácita reconducción por períodos sucesivos iguales, en tercer lugar, que para la denuncia del Acuerdo es necesario recurrir a la notificación escrita por vía diplomática, al menos tres meses antes de la fecha en que éste expire; y por último, determina que la denuncia no afectará a los proyectos y programas que se estén adelantando.

4.3. Fundamentos constitucionales

A juicio de esta Corte, son varias las normas constitucionales que contemplan valores y principios que encuentran un claro reflejo en el Instrumento Público que se revisa.

1) **Relaciones Internacionales**. El artículo 226 de la Carta Política, consagra de forma clara y expresa la obligación que tiene el Estado de promover la internacionalización de las relaciones, ya sean políticas, económicas, sociales o ecológicas; siempre y cuando se den sobre las bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. En consecuencia, un convenio suscrito por Colombia que estreche los lazos de cooperación con un país amigo en un determinado campo económico, es constitucional, siempre y cuando se haya suscrito en los términos que la propia Carta Fundamental contempla.

Como ya se dijo, el Acuerdo que se revisa básicamente tiene dos tipos de normas; unas establecen cómo y cuál es el tipo de compromiso que adquieren las partes, las otras contienen reglas relativas al propio funcionamiento del Acuerdo. Lo importante es que tanto en las primeras como en las segundas, las partes reciben un tratamiento equitativo; las actividades que se compromete a desarrollar un país son las mismas a las que se compromete el otro; ambas naciones pueden negarse a cumplir obligaciones que entren en conflicto con

otras adquiridas con anterioridad; participan por igual en la comisión que ordena crear el propio Acuerdo y pueden denunciarlo en las mismas oportunidades. Este tratamiento equitativo, a su vez implica reciprocidad, de hecho el convenio tiene por objeto mejorar el turismo enlos dos países y el trabajo conjunto con fines comunes que reportarán claros beneficios en materia económica, social, cultural y educativa para las partes.

Por tanto, se ha de concluir que se trata de un Instrumento Público ajustado a la Constitución, ya que promueve la internacionalización de las relaciones de Colombia sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

2) **Derechos constitucionales.** El Acuerdo postula que el turismo, más allá de ser una actividad económica, es una vía que les permite a los pueblos presentarse ante el mundo orgullosos de lo que son, de su cultura y de sus tradiciones, al tiempo que también les permite conocer a otros pueblos. Esta concepción, que se refleja en el convenio desde su primer artículo, es acorde con la Constitución, pues permite la realización de varias de las garantías contempladas en ella.

En primer lugar puede mencionarse la educación. Sin lugar a dudas, a partir del propio texto de la Carta Fundamental (artículos 67, 68 y 69), como de la jurisprudencia de esta Corporación[11], es posible deducir la importancia que tiene el derecho a la educación en nuestro ordenamiento jurídico. Crear los medios y oportunidades que permitan a los ciudadanos ejercer tal garantía, es uno de los principales cometidos del Estado, en tanto constituye un medio importante para que las personas se desarrollen libre y plenamente, a la vez que conlleva beneficios sociales significativos. El turismo, tal y como se concibe en el convenio, juega un papel educativo inherente, permite a las personas ampliar el conocimiento del mundo, de diferentes culturas, geografía, ecología, historia o modos de vida, tanto de otras latitudes como de las propias. Pero adicionalmente, el Acuerdo también contempla mecanismos importantes en materia educativa, pues ambas partes se comprometen a desarrollar programas de estudio en áreas relacionadas con el turismo y a constituir fondos que ofrezcan becas para acceder a aquellos.

Por otra parte, se encuentra el derecho a la cultura (artículo 70 y 71), pues el turismo también conlleva la promoción y conservación de ella. Las personas que viajan tienen la posibilidad de aprender y conocer otros modos de vida, a la vez que la presencia de turistas estimula a las comunidades a mostrar y defender sus valores y costumbres. Ahora bien, es posible hablar de promoción cultural, por lo menos en dos sentidos: haciendo referencia a la adquisición de conocimientos e información y al ejercicio de las facultades intelectuales, o haciendo referencia al conjunto de manifestaciones que expresan la vida tradicional, artística y social de un pueblo. El Acuerdo es importante en ambos sentidos, sus aportes contemplan las dos dimensiones de la cultura. Es tan relevante este punto en el convenio, que incluso se contempla una protección especial al patrimonio cultural (artículo 72 C.N.) mediante el compromiso expreso de que ambas partes se colaboren mutuamente en la recuperación de edificios históricos.

---

11 Entre otras puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C-002, del 8 de mayo de 1992.

El turismo también ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho a la recreación, actividad inherente al ser humano[12] (artículo 52 de la C.N.). Coincide la Corte con el concepto del Procurador, al reconocer que una de las habituales y benéficas maneras en que las personas aprovechan el tiempo libre, es viajando y conociendo lugares distintos a aquellos en los que habitualmente residen. Pero adicionalmente señala esta Corporación, el Acuerdo resulta de gran utilidad, pues una de las mejores formas en que el Estado puede garantizar la recreación, es permitiendo y estimulando a los particulares para que ofrezcan programas destinados a facilitar el acceso a actividades de esta índole.

En último lugar, el otro derecho constitucional que claramente se beneficia con el Instrumento Público que se revisa, es la libertad de empresa. El artículo 333 del Estatuto Superior concede a los particulares la libertad de participar en la actividad económica, al tiempo que impone al Estado la obligación de estimular el desarrollo empresarial. En tal sentido, este convenio, encaminado a mejorar y fomentar las relaciones en materia turística con España, se constituye en un medio para que el Estado cumpla con tal obligación, pues es una forma de atraer capital extranjero y abrir nuevos mercados, lo que, sin lugar a dudas, multiplica las posibilidades empresariales y laborales en este sector de la economía.

3) **Fines del Estado.** El artículo segundo de la Constitución Nacional consagra cuáles son los fines esenciales del Estado. Dentro de ellos se contempla el "promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". El Acuerdo entre Colombia y España que se revisa, no solo no contraria normas de la Carta Fundamental, sino que desarrolla los principios que rigen las relaciones internacionales y permiten el ejercicio y defensa de varios derechos constitucionales. Lo cual, sumado al hecho de que el mejoramiento y fomento del sector turístico, de gran importancia para la economía nacional, implica promover la prosperidad general, permite concluir que el Instrumento Público en cuestión, cumple una de las finalidades del Estado.

En conclusión, en lo que respecta al contenido material del Acuerdo objeto de revisión, esta Corte tampoco encuentra reparo constitucional alguno.

DECISION

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLES** el *Acuerdo de cooperación en materia de turismo entre la República de Colombia y el Reino de España*, suscrito en Santafé de Bogotá, el 9 de junio de 1995, y la Ley 350 del 16 de enero de 1997, aprobatoria del mismo.

---

12 Esta noción se encuentra, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional T-466, del 17 de julio de 1992, M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 241 de la Constitución Política, el Presidente de la República podrá manifestar el consentimiento de Colombia en obligarse por el Acuerdo.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-422
septiembre 4 de 1997

TRATADOS INTERNACIONALES-Celebración del convenio por parte del Ejecutivo/**PRESIDENTE DE LA REPUBLICA**-Encargado de las relaciones internacionales

El deber constitucional de revisar los tratados internacionales, así como las leyes que los aprueban, comprende también el de examinar las facultades del Ejecutivo respecto de la negociación y celebración del instrumento internacional. De acuerdo con el numeral 2o. del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Estado, es el encargado de dirigir las relaciones internacionales, lo cual incluye la facultad de celebrar con otros Estados o entidades de derecho internacional, tratados o convenios que se deberán someter a aprobación del Congreso de la República.

Referencia: Expediente L.A.T.099

Revisión oficiosa de la "Ley 354 del 20 de enero de 1997, por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países no Alineados y otros países en Desarrollo', hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985"

Magistrado Ponente: VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

ANTECEDENTES

En cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 241-10 de la Constitución Política, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República hizo llegar a la Corte Constitucional el día 22 de enero de 1997, copia del texto de la Ley 354 del 20 de enero de 1997, "Por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países no Alineados y otros Países en Desarrollo', hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985", con el fin de que se someta al estudio de constitucionalidad reservado a esta Corporación.

Mediante Auto del 7 de febrero de 1997, el suscrito magistrado ponente asumió el conocimiento de la disposición enviada por la Presidencia de la República y ordenó oficiar a la Secretaría General de la Cámara de Representantes y a la del Senado de la República para que remitieran a esta Corporación los antecedentes legislativos de la norma en comento, con el fin de verificar el procedimiento mediante el cual fue aprobada. Así mismo, solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores las Certificaciones de los funcionarios que intervinieron en las negociaciones del instrumento internacional.

TEXTO DE LA LEY APROBATORIA DEL TRATADO

Ley N° 354
20 Enero 1997

Por medio de la cual se aprueba el "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los países no Alineados y otros países en desarrollo", hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985.

El Congreso de Colombia

Decreta:

Visto el texto del "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países No alineados y otros países en desarrollo", hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985.

Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los países No Alineados y otros países en desarrollo.

Preámbulo

La reunión de Plenipotenciarios de los Países No Alineados,

En cumplimiento de la estrategia común para la cooperación entre los países No Alineados y otros países en desarrollo;

De conformidad con las decisiones adoptadas en las esferas de la ciencia y la tecnología, en las Conferencias Quinta, Sexta, y Séptima de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados, celebradas, respectivamente en Colombo en 1976, en La Habana en 1979 y en Nueva Delhi en 1983;

Recordando la Declaración y el Programa de Acción sobre el establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional, así como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas y

las disposiciones pertinentes de la Estrategia Internacional para el Desarrollo y el Programa de Acción de Caracas;

Convencida de que el elemento esencial del Nuevo Orden Económico Internacional es la promoción de la autosuficiencia colectiva de los países en desarrollo;

Haciendo un llamamiento en pro de una estrecha cooperación entre los países No Alineados y otros países en desarrollo en las esferas de la ciencia y la tecnología;

Ha decidido lo siguiente:

Capítulo I

Establecimiento y sede

Artículo 1. Establecer el Centro de Ciencia y Tecnología de los Países No alineados y Otros Países en Desarrollo (en adelante llamado "el centro").

Artículo 2. El centro tendrá su sede en Nueva Delhi, India.

Capítulo II

Composición

Artículo 3. Todos los miembros del Movimiento de los Países No Alineados podrán ser miembros del Centro. Otros países en desarrollo podrán ser miembros del Centro, previa aprobación de sus solicitudes por el Consejo de Administración (en adelante, los miembros del Centro serán llamados "los miembros").

Artículo 4. Los movimientos de liberación nacional reconocidos como observadores por el Movimiento de los Países No Alineados, también tendrán la condición de observadores en el Centro y podrán usar sus servicios.

Capítulo III

Objetivos y funciones

Artículo 5. El Centro promoverá diversas medidas que se propugnan en el Programa de Acción en materia de Cooperación Económica y en la estrategia común para la cooperación en las esferas de la ciencia y la tecnología, a fin de fortalecer la cooperación entre los países No Alineados y otros países en desarrollo. El Centro también:

a) Ayudará a establecer vínculos entre los centros nacionales y regionales para el desarrollo y la transferencia de tecnología;

b) Promoverá una colaboración lo más amplia posible y mutuamente ventajosa entre los científicos y técnicos y las organizaciones científicas de los países No Alineados y de otros países en desarrollo;

c) Promoverá el establecimiento, en cooperación con los centros nacionales y regionales, de un sistema de reuniones y consultas regulares de científicos y técnicos de los países No Alineados y de otros países en desarrollo;

d) Actuará como centro de intercambio de información relativa a las capacidades tecnológicas de los diversos países No Alineados y de otros países en desarrollo para promover la cooperación tecnológica y la transferencia de tecnología entre dichos países; proporcionará, en el momento oportuno, informaciones sobre los cambios tecnológicos inminentes y procurará establecer un banco de datos;

e) Llevará un registro de los expertos científicos y técnicos de alto nivel cuyos servicios podrán ser utilizados por los miembros del Centro;

f) Estimulará y promoverá proyectos de investigación y desarrollo y programas de capacitación conjuntos, sobre una base bilateral o multilateral entre los miembros del Centro en determinadas esferas de especial importancia;

g) Nombrará grupos especiales de expertos calificados para la preparación de informes sobre los últimos adelantos tecnológicos en relación con determinadas esferas y problemas y para proporcionar asesoramiento especializado a los miembros en materia de selección de tecnología, así como de su desarrollo científico y tecnológico, incluido el desarrollo de los recursos humanos;

h) hará sugerencias y proporcionará modelos para un desarrollo científico y tecnológico equilibrado, basado en una óptima utilización de los recursos;

i) Vigilará la aplicación de los programas relativos al desarrollo científico y tecnológico que se hayan recomendado o aprobado en las reuniones intergubernamentales de los países No Alineados y de otros países en desarrollo.

Artículo 6. El Centro podrá ejercer otras funciones que le puedan ser encomendadas por las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores o las Conferencias de Jefes de Estado o de Gobierno de los Países No Alineados.

Artículo 7. El Centro podrá, dentro de los límites de sus objetivos y con la aprobación del Consejo de Administración, realizar actividades apropiadas de cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como con otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales.

Capítulo IV

Estructura

Artículo 8. El Centro tendrá la siguiente estructura:

a) Un Consejo de Administración integrado por los representantes de todos los miembros del Centro, y

b) Una secretaría encabezada por un director.

El Consejo de administración

Artículo 9. Los períodos ordinarios de sesiones del Consejo de Administración, se celebrarán una vez al año. Podrán celebrarse períodos extraordinarios de sesiones a solicitud de dos tercios de los miembros, como mínimo.

Artículo 10. Para cada período de sesiones del Consejo de Administración, se elegirán un presidente, dos vicepresidentes y un relator.

Artículo 11. El Consejo de Administración:

a) Establecerá las directrices para la labor del Centro;

b) Examinará y aprobará el informe del Director del Centro;

c) Examinará y aprobará el programa de trabajo y el presupuesto del centro.

d) Presentará informes sobre las actividades del Centro a las reuniones ministeriales de los países No Alineados y, cuando proceda a las reuniones ministeriales del Grupo de los 77;

e) Aprobará la admisión, como miembros del Centro, de otros países en desarrollo no pertenecientes al Movimiento de los Países No Alineados.

Artículo 12. El Consejo de Administración aprobará su reglamento interno de acuerdo con el procedimiento de adopción de decisiones que se aplica en todos los organismos del Movimiento de los Países No Alineados.

Director del Centro

Artículo 13. El director del Centro será nombrado por el Consejo de Administración.

Artículo 14. El director del Centro:

a) Organizará el Centro y elaborará la reglamentación que regirá su funcionamiento, para su aprobación por el Consejo de Administración;

b) Será el representante legal del Centro;

c) Será responsable de la ejecución del plan de trabajo y la aplicación de las directrices establecidas por el Consejo de Administración;

d) i) Preparará el presupuesto del Centro y lo presentará al Consejo de Administración para su examen y aprobación;

ii) Tendrá a su cargo la administración de las finanzas del Centro;

e) Nombrará al personal del Centro y será responsable del funcionamiento cotidiano del mismo, de conformidad con las directivas del Consejo de Administración.

Capítulo V

Personal

Artículo 15. El personal del Centro se contratará sobre la base de sus conocimientos y su experiencia, teniendo en cuenta el principio de la distribución geográfica.

Capítulo VI

Presupuestos y contribuciones

Artículo 16. El centro contará con los siguientes recursos financieros:

a) Una contribución fija y uniforme de los miembros, que el consejo de administración determinará cada cierto tiempo.

b) Contribuciones voluntarias de los miembros, los estados, las organizaciones intergubernamentales y otras personas u organismos, siempre que las acepte el consejo de administración,

c) Otros ingresos, provenientes de sus actividades.

Artículo 17. Los registros, libros y cuentas del Centro serán verificados por un auditor independiente designado por el Consejo de Administración.

Capítulo VII

Condición jurídica, privilegios e inmunidades

Artículo 18. El Centro tendrá personalidad jurídica. Tendrá capacidad para:

a) Firmar contratos;

b) Adquirir y disponer de bienes muebles e inmuebles;

c) Interponer acciones judiciales.

Artículo 19. El Centro tendrá en su sede, en virtud de un acuerdo que se firmará con el país huésped, los privilegios e inmunidades necesarias para ejercer con independencia sus funciones y ejecutar los programas aprobados por el Consejo de Administración.

Artículo 20. El Centro también tendrá, en virtud de acuerdos que se firmarán con los miembros, los privilegios e inmunidades necesarias en sus respectivos territorios para ejercer con independencia las funciones y ejecutar los programas aprobados por el Consejo de Administración.

Artículo 21. Los representantes de los miembros y los funcionarios del Centro, tendrán los privilegios e inmunidades necesarias para ejercer con independencia las funciones relacionadas con el Centro.

Artículo 22. En el ejercicio de sus funciones, el director y el personal del Centro no solicitarán ni recibirán instrucciones de ningún miembro o cualquier otra fuente ajena al Centro. Los miembros respetarán el carácter internacional de las funciones del director y del personal del Centro y no intentarán influir en ellos en el ejercicio de sus funciones.

Capítulo VIII

Idiomas oficiales de trabajo

Artículo 23. Los idiomas oficiales de trabajo del Centro serán el árabe, el español, el

francés y el inglés.

Capítulo IX

Enmiendas al Estatuto

Artículo 24. Cualquier miembro puede presentar al Consejo de Administración proyectos de enmiendas al Estatuto.

Artículo 25. La enmienda o enmiendas propuestas se examinarán en los períodos ordinarios o extraordinarios de sesiones del Consejo de Administración como mínima seis meses después de que los proyectos de enmiendas se hayan distribuido a todos los miembros.

Artículo 26. El Consejo de Administración aprobará por consenso las enmiendas, que entrarán en vigor para todos los miembros 60 días después de haber sido ratificadas, aceptadas o aprobadas por una mayoría de dos tercios de los miembros.

Capítulo X

Firma, aceptación y entrada en vigor

Artículo 27. Una vez aprobado por la Conferencia de Plenipotenciarios, el presente Estatuto estará abierto a la firma durante seis meses en la Misión Permanente de la India ante las Naciones Unidas, en Nueva York, y posteriormente en el Ministerio de Relaciones Exteriores, en Nueva Delhi, India, durante un año. Sin embargo, el Estatuto permanecerá abierto a la adhesión.

Artículo 28. El Estatuto estará sujeto a la ratificación, aceptación o aprobación de los miembros signatarios. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación y los instrumentos de adhesión se depositarán ante el Gobierno de la India.

Artículo 29. El Estatuto entrará en vigor a los treinta días de la fecha de depósito del trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 30. Para los miembros que ratifiquen, acepten, aprueben o se adhieran después de haber sido depositado el trigésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, el Estatuto entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que dichos miembros hayan depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.

Artículo 31. El miembro depositario comunicará a todos los signatarios y a todos los miembros que se hayan adherido, la fecha de entrada en vigor del Estatuto y cualquier otro asunto pertinente. También comunicará a todas las partes firmantes del Estatuto la fecha y duración del primer período de sesiones del Consejo de Administración.

Artículo 32. Los textos árabe, español, francés e inglés del Estatuto son igualmente auténticos.

En testimonio de lo cual, los representantes infrascritos, debidamente autorizados para ello, firman este Estatuto.

Hecho en Nueva York, el cuatro de febrero de mil novecientos ochenta y cinco.
La suscrita jefe de la Oficina Jurídica (E) del Ministerio de Relaciones Exteriores

Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado del "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países No Alineados y otros países en Desarrollo", hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).
Sonia Pereira Portilla
Jefe Oficina Jurídica (E).

Rama ejecutiva del poder público
Presidencia de la República
Santafé de Bogotá, D.C.

Aprobado. Sométase a la consideración del Honorable Consejo Nacional para los efectos constitucionales.
(Fdo.) Ernesto Samper Pizano

El Ministro de Relaciones Exteriores
(Fdo) Rodrigo Pardo García Peña
Decreta:

Artículo primero: Apruébase el "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países No Alineados y otros países en Desarrollo", hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985.

Artículo segundo: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países No Alineados y otros países en Desarrollo", hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985, que por el artículo primero de ésta Ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Artículo tercero: La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.
El Presidente del H. Senado de la República
Luis Fernando Londoño Capurro
El Secretario General del H. 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 Tovar

CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Dentro de la oportunidad legal prevista, intervino el señor procurador general de la Nación (e) para solicitar la declaratoria de exequibilidad del tratado en comento y de su respectiva ley aprobatoria, al considerar que, aunque no consta en el expediente la aprobación en primer debate del Senado de la República del proyecto que habría de constituir la Ley 354 de 1997, en los demás aspectos procedimentales el trámite se adecua a las prescripciones constitucionales e internacionales vigentes. En cuanto al aspecto material, manifiesta la vista fiscal que el estatuto aprobado mediante la ley examinada "tiene por objeto promover la autosuficiencia colectiva de los países en desarrollo, a través de una estrecha cooperación en las esferas de la ciencia y la tecnología." De ahí que, y luego de un juicioso, pero sintético análisis de los capítulos del Instrumento Internacional, pueda concluir la Procuraduría que antes que transgredirlo, éste se inscribe dentro de los propósitos establecidos por el ordenamiento constitucional para promover la transferencia de tecnología en la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el fin de incrementar la productividad. La normatividad adoptada por la ley que se revisa, además fomenta el desarrollo nacional en aspectos como el derecho a la vivienda y los derechos colectivos del medio ambiente.

En general, el tratado promueve la integración y cooperación internacionales, en cumplimiento de los mandatos constitucionales incrustados en los artículos 226 y 227 superiores.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la exequibilidad del tratado de la referencia, así como de su ley aprobatoria, de conformidad con lo prescrito por los artículos 24, numeral 10 de la Constitución Política y 44 del Decreto 2067 de 1991.

2. Revisión de la Ley 354 del 20 de enero de 1997, por medio de la cual se aprueba el 'Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países no Alineados y otros países en Desarrollo', hecho en Nueva York el 4 de febrero de 1985", desde el punto de vista formal.

2.1. La remisión de la ley aprobatoria y del tratado por parte del Gobierno Nacional.

La ley 354 del 20 de enero de 1997, fue remitida por la secretaria jurídica de la Presidencia de la República a la Corte Constitucional, el 22 de enero del mismo año, es decir, dentro del término de seis (6) días que prevé el numeral 10o. del artículo 241 de la Constitución Política.

2.2. Negociación y celebración del Convenio.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el deber constitucional de revisar los tratados internacionales, así como las leyes que los aprueban, comprende también el de examinar las facultades del Ejecutivo respecto de la negociación y celebración del instrumento internacional.

De acuerdo con el numeral 2o. del artículo 189 de la Constitución Política, el Presidente de la República, en su carácter de Jefe del Estado, es el encargado de dirigir las relaciones internacionales, lo cual incluye la facultad de celebrar con otros Estados o entidades de derecho internacional, tratados o convenios que se deberán someter a aprobación del Congreso de la República (Art. 150-16 C.P.).

Conforme con la certificación expedida el día 20 de febrero de 1997 por el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores, el tratado por medio del cual se aprueba el "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países No Alineados y otros países en desarrollo", "*...fue suscrito el 11 de marzo de 1985, sin la debida autorización por parte de Colombia. Con el fin de subsanar esta situación, el Gobierno Nacional expidió el Instrumento de Refrendación, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que manifiesta: (...) Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado*".

En tal sentido el Ministerio de Relaciones Exteriores adjunta al expediente, el respectivo documento de refrendación expedido por el señor presidente de la República, dr. Ernesto Samper Pizano y suscrito por su Ministro de Relaciones Exteriores, dr. Rodrigo Pardo García-Peña.

De lo anterior se deduce entonces que, si bien el instrumento internacional no fue suscrito por funcionario que estuviera autorizado para hacerlo, el presidente de la República procedió a avalar la firma del tratado, con lo cual quedó convalidada la decisión inicial, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones de la Convención de Viena.-

2.3 Tramite realizado en el Congreso de la República para la formación de la Ley 354 de 1997

De conformidad con las pruebas que obran al expediente, el trámite surtido en el Congreso de la República para la formación de la ley 354 de 1997 fue el siguiente:

a) El día 3 de abril de 1995, el presidente de la República por intermedio de su Ministro de Relaciones Exteriores, sometió a consideración del Congreso Nacional el Proyecto de Ley por medio del cual se aprueba el "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del Movimiento de los Países No Alineados y otros países en desarrollo", con el propósito de que se le diera primer debate en el Senado de la República. (Gaceta del Congreso. N° 267. Págs. 20-24). En el mismo documento se adjuntó la exposición de motivos que dio lugar a

la adopción del tratado de la referencia.

b) El proyecto de ley fue publicado en la Gaceta del Congreso N° 267 del 1° de Septiembre de 1995 bajo la referencia de "proyecto 81/95 Senado".

c) El proyecto de ley fue publicado para primer debate en el Senado, en la Gaceta del Congreso N° 243 del 19 de junio de 1996. (pags. 1-2)

d) Mediante auto del 27 de mayo de 1997, el magistrado ponente del proceso de la referencia solicitó al Senado de la República la certificación que, sobre el primer debate en el Senado, se le dio al proyecto de la referencia.

e) El proyecto de Ley 81/95 Senado fue aprobado en primer debate el 18 de junio de 1996, con la presencia y voto favorable de 9 de los 13 senadores que componen la Comisión Segunda del Senado, según certificación expedida por el Secretario General de dicha comisión, el 30 de mayo de 1997.

f) El viernes 16 de agosto de 1996, en la Gaceta del Congreso N° 331, fue publicado para segundo debate el proyecto de ley de la referencia.

g) Según consta en la Gaceta del Congreso N° 404 del 25 de septiembre de 1996, y en el certificado expedido por el secretario general del Senado de la República, el proyecto de ley 81/95 del Senado recibió la aprobación de la Plenaria de dicha célula legislativa, con el lleno de los requisitos legales, constitucionales y reglamentarios, el 18 de septiembre de 1996.

h) El proyecto fue publicado para ponencia en primer debate en la Cámara de Representantes, bajo el número 117/96 Cámara, tal como consta en la Gaceta del Congreso N° 525 del 20 de noviembre de 1996.

i) El proyecto de ley fue aprobado en primer debate por unanimidad, y con la asistencia de 14 de sus miembros, por la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, el día 27 de noviembre de 1996, según constancia expedida por el secretario de dicha comisión. (folio 23)

j) La publicación de la ponencia del proyecto para segundo debate consta en la Gaceta del Congreso N° 570 del 6 de diciembre de 1996.

k) El proyecto de ley 117/96 Cámara fue aprobado por la plenaria de la Cámara de Representantes, con el voto favorable de 134 de sus miembros, el día 12 de diciembre de 1996, de acuerdo con el certificado expedido por el secretario general de esa célula Corporativa.

l) Por último, el proyecto fue sancionado por el presidente de la República el 20 de enero de 1997.

De lo anteriormente reseñado puede colegirse que la presente ley cumple con los requisitos formales exigidos por la Constitución Política de Colombia.

Revisión de la Ley desde el punto de vista material.

El instrumento objeto de revisión denominado "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del movimiento de los países no alineados y otros países en desarrollo", suscrito en Nueva York el 4 de febrero de 1985, de conformidad con lo expresado en el preámbulo, busca la promoción de la autosuficiencia colectiva de los países no alineados y en desarrollo, mediante una estrecha cooperación en las esferas de la ciencia y la tecnología.

Con miras a alcanzar los propósitos señalados, el capítulo I dispone el establecimiento del Centro de Ciencia y Tecnología de los países no alineados y otros países en desarrollo que se conocerá como "el Centro" y le señala como sede la ciudad de Nueva Delhi, India (arts. 1o. y 2o.).

El capítulo II regula todo lo concerniente a la composición del "Centro", señalando los Estados que pueden formar parte del mismo entre los que se encuentran los miembros del Movimiento de los Países no Alineados -NOAL- y otros países en desarrollo cuyas solicitudes sean aprobadas por el Consejo de Administración del "Centro". En relación con los movimientos de liberación nacional reconocidos como observadores por el NOAL, les otorga la condición de observadores en el "Centro" y los autoriza para usar sus servicios (arts. 3o. y 4o.).

El capítulo III enuncia los objetivos y funciones del "Centro" tendientes a promover diversas actividades en pro del fortalecimiento del programa de Acción en materia de Cooperación Económica y en la estrategia común para la cooperación en las esferas de la ciencia y la tecnología de los países miembros. También se autoriza al "Centro" para ejercer otras funciones que le puedan ser encomendadas por las reuniones de Ministros de Relaciones Exteriores o las conferencias de Jefes de Estado o de Gobierno. Asimismo, el "Centro" podrá, dentro de los límites de sus objetivos y con la anuencia del Consejo de Administración, realizar actividades de cooperación con las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como con otras organizaciones gubernamentales y no gubernamentales (arts. 5o., 6o. y 7o.).

Analizados los motivos que llevaron a los países a suscribir el documento que se revisa, sus objetivos y sus funciones, encuentra la Corte que éstos se encuadran dentro del espíritu que la Carta Política ha querido reconocerle a las relaciones internacionales de la nación colombiana, fundadas en la soberanía nacional, el respeto a la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. (art. 9o. de la C.P.). Asimismo, dichas normas están acordes con el deber que la Constitución le ha impuesto al Estado colombiano de promover *"la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre las bases de la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional."* y *"la integración económica, social y política con las demás naciones..." (arts. 226 y 227 de la C.P.).*

Con respecto a la estructura del "Centro", el capítulo IV se limita a crear un Consejo de Administración integrado por los representantes de todos sus miembros y una Secretaría a cargo de un director nombrado por el Consejo. En lo que se refiere al Consejo, fija su período de sesiones, los funcionarios que lo dirigen y las funciones que debe cumplir, todas ellas relacionadas con la cooperación en las esferas de la ciencia y la tecnología de los países miembros (arts.8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14). Dentro de este contexto, el capítulo V regula lo referente al personal del "Centro" que será contratado sobre la base de sus conocimientos y experiencia, teniendo en cuenta el principio de la distribución geográfica (art. 15). Las normas *sub judice* no contravienen la Constitución, pues la creación de órganos directivos y el otorgamiento de funciones son elementos necesarios de cualquier acuerdo que busque la creación de un organismo internacional de cooperación para dar cumplimiento a los objetivos propuestos ; en el caso particular, dichos organismos son requisito *sine qua non* para el funcionamiento del Centro de Ciencia y Tecnología creado por los NOAL y algunos países en desarrollo.

En cuanto al aspecto financiero, el capítulo VI regula lo pertinente al presupuesto del "Centro" creando contribuciones en los siguientes términos: (1) una contribución fija y uniforme que los miembros del Consejo de Administración determinará "cada cierto tiempo" ; (2) una contribución voluntaria de los miembros, los Estados, las organizaciones intergubernamentales y otras personas u organismos, siempre y cuando sean aceptadas por el Consejo de Administración y, (3) la posibilidad de obtener ingresos provenientes de sus actividades propias (arts.16 y 17).

En relación con estas normas, encuentra la Corte que las mismas se refieren a aspectos operativos y de organización propios de esta clase de organismos internacionales y por ende, persiguen también el cumplimiento de los objetivos propuestos con la creación del "Centro", como son, el de establecer una estrategia común de cooperación en las áreas de ciencia y tecnología entre los países miembros del NOAL, así como con otros países en desarrollo. Dichas normas entonces, no comprometen ninguna disposición constitucional y por el contrario, se avienen a los principios de autodeterminación de los pueblos, equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, consagrados en los artículos 9o., 150-16 y 227 de la Constitución Política.

Con respecto a la condición jurídica, privilegios e inmunidades del "Centro", el capítulo VII se ocupa de otorgarle personalidad jurídica y capacidad para firmar contratos, adquirir y disponer bienes muebles e inmuebles e interponer acciones judiciales. Asimismo, previo acuerdo con el país sede y los países miembros, se le garantiza a éste, a sus funcionarios y a los representantes de los países, los privilegios e inmunidades necesarias para ejercer con independencia las funciones y programas reconocidos por el Consejo de Administración (arts. 19, 20, 21 y 22).

En los términos descritos en el estatuto, no encuentra la Corte que las disposiciones anotadas contravengan las normas constitucionales ; en el caso de los privilegios e inmunidades, además de tratarse de un principio de derecho internacional reconocido por Colombia en los términos del artículo 9o. Superior, la norma es clara en señalar que su regulación es materia de acuerdo con cada Estado miembro. Por tanto, sólo en el escenario de esos acuer-

dos se definirán las condiciones en que se otorgarán los privilegios e inmunidades dentro del territorio colombiano. Dichos derechos y beneficios, tal como lo ha reconocido esta Corporación en diferentes pronunciamientos, exigen, sin embargo, la observancia de los principios de independencia, igualdad, y soberanía de cada uno de los Estados involucrados (Sentencia No. C-137/96, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).[1]

Por último, en el estatuto que se revisa se han incluido, en los capítulos VIII, IX y X, cláusulas de carácter general predicables de todos los instrumentos internacionales como son : los idiomas oficiales de trabajo, las enmiendas al estatuto, firma, aceptación y entrada en vigor (arts. 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 30). Estas normas son reglas de procedimiento necesarias para la debida aplicación y ejecución del documento que se analiza, que en nada se contraponen a la Constitución Política de Colombia.

Con fundamento en lo explicado se concluye que tanto el Estatuto como su ley aprobatoria se encuentran acordes con las disposiciones constitucionales, en particular, con aquellas que le imponen al Estado colombiano el deber de promover y fomentar la internacionalización de las relaciones políticas, sociales, económicas y ecológicas, *"sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional"*, mediante la celebración de tratados con las demás naciones y, creando organismos supranacionales como sucede en el presente caso (arts. 9, 226 y 227 de la C.P.). Además, dicho Estatuto guarda plena armonía con varios de los propósitos esbozados por el constituyente de 1991 como son, entre otros, el de promover la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario, con el fin de aumentar la productividad (art. 65 de la C. P.) y el derecho colectivo a un ambiente sano (art. 79 de la C.P.).[1]

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, visto el concepto del señor procurador general de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el "Estatuto del Centro de Ciencia y Tecnología del movimiento de los países no alineados y otros países en desarrollo", suscrito en Nueva York el 4 de febrero de 1985, así como su ley aprobatoria, esto es, la ley 354 de enero 20 de 1997.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

---

1 Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse en favor de los instrumentos internacionales que patrocinan y promueven los acuerdos de cooperación e intercambio tecnológico y científico, entre otras, en las Sentencias C-246/93, C-130/95, C-047/97 y C-104/97.

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-467
septiembre 25 de 1997

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES-Finalidad

La presente ley aprueba diversos instrumentos internacionales para fortalecer la protección de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado. Estos instrumentos pretenden evitar estragos innecesarios en los conflictos armados, mediante la aplicación de normas y de mecanismos de protección, que eviten daños en los bienes culturales, la finalidad de estos instrumentos internacionales armoniza claramente con la Constitución pues es una expresión de los principios y reglas propios del derecho internacional humanitario,los cuales, conforme lo establece la Carta, deben respetarse en todo caso.

CONVENCION INTERNACIONAL-Ambito de aplicación/**CONVENCION INTERNACIONAL**-Conflictos armados internos

Según los artículos 18 y 19 de la Convención, sus normas no sólo se aplican en los casos de guerras internacionales sino también en los eventos de conflictos armados internos, las partes enfrentadas en un conflicto interno se encuentran obligadas a respetar las normas humanitarias relativas a la conducción de las hostilidades y a la protección de los bienes que no tienen carácter militar. Además, esas normas no erosionan la soberanía del Estado colombiano puesto que, al igual que sucede con el Protocolo II, la aplicación de las disposiciones de la presente Convención no modifican el estatuto jurídico de las partes en conflicto, lo cual significa que los alzados en armas no adquieren el status de beligerantes por la mera aplicación de las normas humanitarias, y siguen entonces sometidos al ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado.

INMUNIDAD DE BIENES CULTURALES

Los bienes culturales y las personas que tienen su custodia gozan que inmunidad ya que no pueden ser objeto de ataque militar, norma que se debe interpretar de conformidad al principio de proporcionalidad, según el cual, las partes deben en todo caso evitar los males superfluos o innecesarios, por lo cual las anteriores obligaciones de respeto a los bienes culturales, sólo pueden dejarse de cumplir cuando existan necesidades militares imperiosas.La inmunidad de los bienes culturales no legitima a ninguna de las

partes a utilizarlos como escudo para su defensa, pues en tal caso, esa parte estaría incurriendo en un acto de perfidia, que se no sólo se encuentra proscrito por las reglas del derecho internacional humanitario sino que, además, pondría en amenaza la existencia misma de los bienes culturales.

PROTOCOLO INTERNACIONAL-Protección de bienes culturales en situciones de conflicto armado/**PROTOCOLO INTERNACIONAL**-Armonización con la Constitución

El Protocolo amplia los deberes de los Estados en relación con los bienes culturales, pues no sólo deben abstenerse de destruirlos, sino que tampoco es legítimo que se apropien de las riquezas culturales de su enemigo. Por ello se prohibe la exportación de bienes culturales desde territorios ocupados durante un conflicto armado. Todas las obligaciones para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado armonizan claramente con la Constitución pues, *son una expresión del principio de distinción que gobierna el derecho internacional humanitario y, en virtud del cual las partes en conflicto deben siempre diferenciar entre combatientes y no combatientes, y entre objetivos militares y no militares, de tal manera que sus acciones no pueden afectar a aquellas personas o a aquellos bienes que no contribuyen a la dinámica de la guerra. Además, en el caso de los bienes culturales, el sustento constitucional es todavía más claro, pues la Carta señala que el Estado debe proteger las riquezas culturales y el patrimonio cultural de la Nación.*

MECANISMOS ESPECIALES DE PROTECCION Y TRANSPORTE-Salvaguardia de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado

Los mecanismos especiales de protección y transporte en manera alguna violan la Constitución, puesto que son simplemente instrumentos para lograr una salvaguardia efectiva de los bienes culturales en las situaciones de conflicto armados. Además, las exigencias que se establecen a los Estados son razonables, pues de no ser cumplidas, las necesidades de la guerra harían muy difícil asegurar la inmunidad de los bienes culturales. En efecto, no es posible olvidar que el derecho internacional humanitario, que parte del doloroso reconocimiento de la existencia de conflictos bélicos, busca un difícil equilibrio entre la lógica de la guerra y las razones humanitarias, por lo cual la protección de los bienes culturales debe hacerse dentro del marco de las propias necesidades de la guerra, así como los operativos bélicos deben adelantarse dentro de los espacios normativos delimitados por el derechos humanitario.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Mecanismos de inmediación y verificación

Los acuerdos especiales de derecho humanitario, los mecanismos internacionales de verificación del cumplimiento de las normas humanitarias, como la llamada Comisión Internacional de Encuesta la institución de las Potencias protectoras y sus sustitutos, y la existencia de instancias de mediación entre las partes enfrentadas en un conflicto bélico, se ajustan perfectamente a la Carta y son aplicables también en los conflictos

armados internos que se desarrollen en el territorio colombiano[1]*. En efecto, esos mecanismos, como no sólo no representan un riesgo para la soberanía del Estado colombiano, sino que, además, las gestiones de estas entidades puede ser fundamental para que el derecho internacional humanitario tenga eficacia práctica y no simplemente una validez normativa. En efecto, la experiencia internacional enseña que la participación de estas instituciones en tareas de verificación sobre el cumplimiento efectivo de las normas humanitarias puede Potenciar no sólo la humanización de los conflictos armados sino también favorecer la búsqueda de la paz.*

CONVENIOS DE DERECHOS HUMANITARIOS-Deber de divulgación/**BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**-Normas humanitarias

No sólo este tratado sino todos los convenios de derechos humanitario confieren especial trascendencia a la labor de divulgación de las normas humanitarias, no sólo entre las partes enfrentadas sino también entre la población civil, para que esta última conozca sus derechos frente al conflicto armado. Además, en la medida en que las normas humanitarias hacen parte del bloque de constitucionalidad, se debe entender no sólo que el Estado debe divulgarlas sino que su estudio es obligatorio en las instituciones educativas. En particular, la Corte encuentra indispensable el conocimiento por parte de los miembros de la Fuerza Pública de las normas humanitarias, no sólo por ser ellos naturales destinatarios de esta normatividad sino, además, porque la propia Constitución señala que se les deberá impartir la enseñanza de los derechos humanos.

Referencia: Expediente L.A.T.-096

Revisión constitucional de "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro 1954 y de la Ley aprobatoria No 340 del 26 de diciembre de 1996, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo.

Tema: Protección de bienes culturales en situaciones de conflicto armado.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Antonio Barrera Carbonell y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes

1 Sentencia C-574 de 1992. MP: Dr. Ciro Angarita Barón. Consideración de la Corte E. Sentencia C-225 de 1995. MP: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos No 17 y 18.

Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

De la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República se recibió fotocopia auténtica de la Ley No 340 del 26 de diciembre de 1996, "por medio de la cual se aprueban la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro 1954", proceso que fue radicado con el No L.A.T.-096. 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. TEXTO DE LA NORMA REVISADA

La ley bajo revisión establece:

Ley No 340 26 DIC. 1996

POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBAN LA "CONVENCION PARA LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO", EL "REGLAMENTO PARA LA APLICACION DE LA CONVENCION" Y EL "PROTOCOLO PARA LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO", FIRMADOS EN LA HAYA EL 14 DE MAYO DE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO 1954".

EL CONGRESO DE COLOMBIA,

Vistos los textos de la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado" el "Reglamento para la aplicación de la convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro 1954.

ACTA FINAL DE LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL SOBRE LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO

ARMADO, LA HAYA, 1954

La conferencia convocada por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Culturales, con objeto de preparar y aprobar una Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, un Reglamento para la Aplicación de dicha Convención, un Protocolo relativo a la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.

Se ha reunido en La Haya por invitación del Gobierno de los Países Bajos desde el 21 de abril al 14 de mayo de 1954 y deliberando sobre proyectos preparados por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

La conferencia ha adoptado los textos siguientes:

La Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y el Reglamento para la Aplicación de dicha Convención, y un Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.

Esa Convención, ese Reglamento y ese Protocolo, cuyos textos han sido redactados en español, francés, inglés y ruso, aparecen anexos a la presente Acta.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura realizará la traducción de estos textos en las otras lenguas oficiales de su Conferencia General.

La conferencia ha adoptado además tres Resoluciones, igualmente anexas a la presente Acta.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos Gobiernos, han firmado la presente Acta Final.

Otorgada en La Haya, el 14 de mayo de 1954, en español, francés, inglés y ruso. El original y los documentos que la acompañan serán depositados en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

CONVENCION PARA LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO.

Las Altas Partes Contratantes,

Reconociendo que los bienes culturales han sufrido graves daños en el curso de los últimos conflictos armados y que, como consecuencia del desarrollo de la técnica de la guerra, están cada vez más amenazados de destrucción;

Convencidas de que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial;

Considerando que la conservación del patrimonio cultural presenta una gran importancia para todos los pueblos del mundo y que conviene que ese patrimonio tengan una protección internacional;

Inspirándose en los principios relativos a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, proclamados en las Convenciones de La Haya de 1899 y de 1907 y en el pacto de Washington del 15 de abril de 1935;

Considerando que esta protección no puede ser eficaz a menos que se organice en tiempo de paz, adoptando medidas tanto en la esfera nacional como en la internacional;

Resueltas a adoptar todas las disposiciones posibles para proteger los bienes culturales;

Han convenido en las disposiciones siguientes:

CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCION
ARTICULO 1º
Definición de los Bienes Culturales

Para los fines de la presente Convención, se considerarán bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario:

a) *Los bienes, muebles, o inmuebles que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, tales como los monumentos de arquitectura, de arte o de historia, religiosos o seculares, los campos arqueológicos, los grupos de construcciones que por su conjunto ofrezcan un gran interés histórico o artístico, las obras de arte, manuscritos, libros y otros objetos de interés histórico, artístico o arqueológico, así como las colecciones científicas y las colecciones importantes de libros, de archivos o de reproducciones de los bienes antes definidos;*

b) *Los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales muebles definidos en el apartado a), tales como los museos, las grandes bibliotecas, los depósitos de archivos, así como los refugios destinados a proteger en caso de conflictos armado los bienes culturales muebles definidos en el apartado a);*

c) *Los centros que comprendan un número considerable de bienes culturales definidos en los apartados a) y b), que se denominarán "centros monumentales".*

ARTICULO 2°
Protección de los Bienes Culturales

La protección de los bienes culturales, a los efectos de la presente Convención, entraña la salvaguardia y el respeto de dichos bienes.

ARTICULO 3°
Salvaguardia de los Bienes Culturales

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a preparar en tiempo de paz, la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que consideren apropiadas.

ARTICULO 4°
Respeto a los Bienes Culturales

1. *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a respetar los bienes situados tanto en su propio territorio como en el de las otras Altas Partes Contratantes, absteniéndose de utilizar esos bienes, sus sistemas de protección y sus proximidades inmediatas para fines que pudieran exponer dichos bienes a destrucción o deterioro en caso de conflicto armado, y absteniéndose de todo acto de hostilidad respecto de tales bienes.*

2. *Las obligaciones definidas en el párrafo 1° del presente artículo no podrán dejar cumplirse más que en el caso de que una necesidad militar impida de manera imperativa su cumplimiento.*

3. *Las Altas Partes Contratantes se comprometen además a prohibir, a impedir y a hacer cesar, en caso necesario, cualquier acto de robo, de pillaje, de ocultación apropiación de bienes culturales, bajo cualquier forma que se practique, así como todos los actos de vandalismo respecto de dichos bienes. Se comprometen también a no requisar bienes culturales muebles situados en el territorio de otra Alta Parte Contratante.*

4. *Aceptan el compromiso de no tomar medidas de represalia contra los bienes culturales.*

5. *Ninguna de las Altas Partes Contratantes puede desligarse de las obligaciones estipuladas en el presente artículo, con respecto a otra Alta Parte Contratante, pretextando que esta última no hubiera aplicado las medidas de salvaguardia establecidas en el artículo 3°.*

ARTICULO 5°
Ocupación

1. *Las Altas Partes Contratantes que ocupen total o parcialmente el territorio de otra Alta Parte Contratante deben en la medida de lo posible, prestar su apoyo a las autoridades nacionales competentes del territorio ocupado a fin de asegurar la salvaguardia y la conservación de los bienes culturales de ésta.*

2. *Si para la conservación de los bienes culturales situados en el territorio ocupado que hubiesen sido damnificados en el curso de operaciones militares, fuera precisa una intervención urgente y las autoridades nacionales competentes no pudieran encargarse de ella, la Potencia ocupante adoptará, con la mayor amplitud posible y en estrecha colaboración con esas autoridades, las medidas más necesarias de conservación.*

3. *Cada Altas Partes Contratante suyo Gobierno sea considerado por los miembros de un movimiento de resistencia como su Gobierno legítimo, señalará a éstos, si ello es hacedero, la obligación de observar las disposiciones de esta Convención relativas al respeto de los bienes culturales.*

ARTICULO 6°
Identificación de los Bienes Culturales

De acuerdo con lo que establece el artículo 16, los bienes culturales podrán ostentar un emblema que facilite su identificación.

ARTICULO 7°
Deberes de Carácter Militar

1. *Las Altas Partes Contratantes se comprometen a introducir en tiempo de paz en los reglamentos u ordenanzas para uso de sus tropas, disposiciones encaminadas a asegurar la observancia de la presente Convención y a inculcar en el personal de sus fuerzas armadas un espíritu de respeto a la cultura y a los bienes culturales de todos los pueblos.*

2. *Se comprometen asimismo a preparar o establecer en tiempo de paz y en el seno sus unidades militares, servicios o personal especializado cuya misión consista en velar por el respeto a los bienes culturales y colaborar con las autoridades civiles encargadas de la salvaguarda de dichos bienes.*

CAPITULO II
DE LA PROTECCION ESPECIAL
ARTICULO 8°
Concesión de la Protección Especial

1. *Podrán colocarse bajo protección especial un número restringido de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, de centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de importancia muy grande, a condición que:*

a) Se encuentren a suficiente distancia de un gran centro industrial o de cualquier objetivo militar importante considerado como punto sensible, como por ejemplo un aeródromo, una estación de radio, un establecimiento destinado a trabajos de defensa nacional, un puerto o una estación ferroviaria de cierta importancia o una gran línea de comunicaciones;
b) *No sean utilizadas para fines militares.*

2. *Puede asimismo colocarse bajo protección especial todo refugio para bienes culturales muebles, cualquiera que sea su situación, siempre que esté construido de tal manera que según todas las probabilidades no haya de sufrir daños como consecuencia de bombardeos.*

3. *Se considerará que un centro monumental está siendo utilizado para fines militares cuando se emplee para el transporte de personal o material militares, aunque sólo se trate de simple tránsito, así como cuando se realicen dentro de dicho centro actividades directamente relacionadas con las operaciones militares, el acantonamiento de tropas o la producción de material de guerra.*

4. *No se considerará como utilización para fines militares la custodia de uno de los bienes culturales enumerados en el párrafo 1º por guardas armados, especialmente habilitados para dicho fin, ni la presencia cerca de ese bien cultural de fuerzas de policía normalmente encargadas de asegurar el orden público.*

5. *Si uno de los bienes culturales enumerados en el párrafo 1º del presente artículo está situado cerca de un objetivo militar importante en el sentido de ese párrafo, se le podrá colocar bajo protección especial siempre que la Alta Parte Contratante que lo pida se comprometa a no hacer uso ninguno en caso de conflicto armado del objetivo en cuestión, y especialmente, si se tratase de un puerto, de una estación ferroviaria de un aeródromo, a desviar del mismo todo tráfico. En tal caso, la desviación debe prepararse en tiempo de paz.*

6. *La protección especial se concederá a los bienes culturales mediante su inscripción en el "Registro Internacional de Bienes Culturales bajo protección especial". Esta inscripción no podrá efectuarse más que conforme a las disposiciones de la presente Convención y en las condiciones previstas en el Reglamento para su aplicación.*

ARTICULO 9º
Inmunidad de los Bienes Culturales Bajo Protección Especial

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a garantizar la inmunidad de los bienes culturales bajo protección especial absteniéndose, desde el momento de la inscripción en el Registro Internacional, de cualquier acto de hostilidad respecto a ellos salvo lo establecido en el párrafo 5º del artículo 8º y de toda utilización de dichos bienes de sus proximidades inmediatas con fines militares.

ARTICULO 10
Señalamiento y vigilancia

En el curso de un conflicto armado, los bienes culturales bajo protección especial deberán ostentar el emblema descrito en el artículo 16 y podrán ser objeto de inspección y vigilancia internacional, del modo previsto en el Reglamento para la aplicación de la Convención.

ARTICULO 11
Suspensión de la inmunidad

1. *Si una de las Altas Partes Contratantes cometiere, con relación a un bien cultural bajo protección especial, una violación del compromiso adquirido en virtud del artículo 9°, la Parte adversa queda desligada, mientras la violación subsista, de su obligación de asegurar la inmunidad de dicho bien. Sin embargo, siempre que le sea posible pedirá previamente que cese dicha violación dentro de un plazo razonable.*

2. *A reserva de lo establecido en el párrafo 1° del presente artículo, sólo podrá suspenderse la inmunidad de un bien cultural bajo la protección especial en casos excepcionales de necesidad militar ineludible y mientras subsista dicha necesidad. La necesidad no podrá ser determinada más que por el jefe de una formación igual o superior en importancia a una división. Siempre que las circunstancias lo permitan, la decisión de suspender la inmunidad se notificará a la parte adversaria con una antelación razonable.*

3. *La Parte que suspenda la inmunidad deberá en el plazo más breve posible, notificarlo, por escrito, especificando las razones, al Comisario General de Bienes Culturales previsto en el Reglamento para la aplicación de la Convención.*

CAPITULO III
DEL TRANSPORTE DE BIENES CULTURALES
ARTICULO 12
Transporte Bajo Protección Especial

1. *A petición de la Alta Parte Contratante interesada, podrá efectuarse bajo protección especial el transporte exclusivamente destinado al traslado de bienes culturales, tanto en el interior de un territorio como en dirección a otro, en las condiciones previstas por el Reglamento para la aplicación de la presente Convención.*

2. *El transporte que sea objeto de protección especial se efectuará bajo la inspección internacional prevista en el Reglamento para la aplicación de la presente Convención, y los convoyes ostentarán el emblema descrito en el artículo 16.*

3. *Las Altas Partes Contratantes se abstendrán de todo acto de hostilidad contra un transporte efectuado bajo protección especial.*

ARTICULO 13
Transporte en casos de urgencia

1. *Si una de las Altas Partes Contratantes considerase que la seguridad de determinados bienes culturales exige su traslado y que no puede aplicarse el procedimiento establecido en el artículo 12 por existir una situación de urgencia, especialmente al estallar un conflicto armado, se podrá utilizar en el transporte el emblema descrito en el artículo 16, a menos que previamente se haya formulado la petición de inmunidad prevista en el artículo12 y haya sido rechazada. Dentro de lo posible, el traslado deberá ser notificado a las partes adversarias. Sin embargo, en el transporte al territorio de otro país no se podrá en ningún caso utilizar el emblema a menos que se haya concedido expresamente la inmunidad.*

2. *Las Altas Partes Contratantes tomarán en la medida de sus posibilidades, las precauciones necesarias para que los transportes amparados por el emblema a que se refiere el párrafo 1° del presente artículo sean protegidos contra actos hostiles.*

ARTICULO 14
Inmunidad de Embargo, de Captura y de Presa

1. *Se otorgará la inmunidad de embargo, de captura y de presa a:*

a) *Los bienes culturales que gocen de la protección prevista en el artículo 12 o de la que prevé el artículo 13.*

b) *Los medios de transporte dedicados exclusivamente al traslado de dichos bienes.*

2. *En el presente artículo no hay limitación alguna al derecho de visita y de vigilancia.*

CAPITULO IV
DEL PERSONAL
ARTICULO 15
Personal

En interés de los bienes culturales, se respetará en la medida en que sea compatible con las exigencias de la seguridad, al personal encargado de la protección de aquellos, si ese personal cayere en manos de la parte adversa se le permitirá que continúe ejerciendo sus funciones, siempre que los bienes culturales a su cargo hubieren caído también en manos de la parte adversaria.

CAPITULO V
DEL EMBLEMA
ARTICULO 16
Emblema de la Convención

1. *El emblema de la Convención consiste en un escudo en punta, partido en aspa, de color azul ultramar y blanco (el escudo contiene un cuadrado azul ultramar, uno de cuyos vértices ocupa la parte inferior del escudo, y un triángulo también azul ultramar en la parte superior; en los flancos se hallan sendos triángulos blancos limitados por las áreas azul ultramar y los bordes laterales del escudo).*

2. *El emblema se empleará aislado o repetido tres veces en formación de triángulo (un escudo en la parte inferior), de acuerdo con las circunstancias enumeradas en el artículo 17.*

ARTICULO 17
Uso del Emblema

1. *El emblema repetido tres veces sólo podrá emplearse para identificar:*

a) *Los bienes culturales inmuebles que gocen de protección especial;*
b) *Los transportes de bienes culturales en las condiciones previstas en los artículos 12 y 13;*
c) *Los refugios improvisados en las condiciones previstas en el Reglamento para la aplicación de la Convención.*

2. *El emblema aislado sólo podrá emplearse para definir:*

a) *Los bienes culturales que no gozan de protección especial;*
b) *Las personas encargadas de las funciones de vigilancia, según las disposiciones del Reglamento para la aplicación de la Convención;*
c) *El personal perteneciente a los servicios de protección de los bienes culturales;*
d) *Las tarjetas de identidad prevista en el Reglamento de aplicación de la Convención.*

3. *En caso de conflicto armado queda prohibido el empleo del emblema en otros casos que no sean los mencionados en los párrafos precedentes del presente artículo, queda también prohibido utilizar para cualquier fin un emblema parecido al de la Convención.*

4. *No podrá utilizarse el emblema para la identificación de un bien cultural inmueble mas que cuando vaya acompañado de una autorización, fechada y firmada de la autoridad competente de la Alta Parte Contratante.*

CAPITULO VI
CAMPO DE APLICACION DE LA CONVENCION
ARTICULO 18
Aplicación de la Convención

1. *Aparte de las disposiciones que deben entrar en vigor en tiempo de paz, la presente Convención se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro con-*

flicto armado que pueda surgir entre dos o más de las Altas Partes Contratantes, aun cuando alguna de ellas no reconozca el estado de guerra.

2. La Convención se aplicará igualmente en todos los casos de ocupación de todo o parte del territorio de una Alta Parte Contratante, aun cuando esa ocupación no encuentre ninguna resistencia militar.

3. Las Potencias Partes en la presente Convención quedarán obligadas por la misma, aun cuando una de las Potencias que intervengan en el conflicto no sea Parte en la Convención. Estarán además obligadas por la Convención con respecto a tal Potencia, siempre que ésta haya declarado que acepta los principios de la Convención y en tanto los aplique.

ARTICULO 19
Conflictos de carácter no internacional

1. En caso de conflicto armado que no tenga carácter internacional y que haya surgido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto estará obligada a aplicar, como mínimo, las disposiciones de esta Convención, relativa al respeto de los bienes culturales.

2. Las partes en conflicto procurarán poner en vigor, mediante acuerdos especiales, todas las demás disposiciones de la presente Convención o parte de ellas.

3. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto.

4. La aplicación de las precedentes disposiciones no producirán efecto alguno sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

CAPITULO VII
DE LA APLICACION DE LA CONVENCION

ARTICULO 20
Reglamento para la Aplicación

Las modalidades de aplicación de la presente Convención quedan definidas en el Reglamento para su aplicación, que forma parte integrante de la misma.

ARTICULO 21
Potencias Protectoras

Las disposiciones de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación se llevarán a la práctica con la cooperación de las Potencias protectoras encargadas de salvaguardar los intereses de las partes en conflicto.

ARTICULO 22

Procedimiento de Conciliación

1. *Las Potencias protectoras interpondrán sus buenos oficios, siempre que lo juzguen conveniente en interés de la salvaguardia de los bienes culturales, y, en especial, si hay desacuerdo entre las partes en conflicto sobre la aplicación o la interpretación de las disposiciones de la presente Convención o del Reglamento para la aplicación de la misma.*

2. *A este efecto, cada una de las Potencias protectoras podrá, a petición de una de las partes o del Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, o por propia iniciativa, proponer a las partes en conflicto una reunión de sus representantes, y en particular, de las autoridades encargadas de la protección de los bienes culturales, que podrá celebrarse eventualmente en un territorio neutral que resulte conveniente escoger al efecto. Las Partes en conflicto estarán obligadas a poner en práctica las propuestas en reunión que se les hagan. Las Potencias Protectoras propondrán a las partes en conflicto, para su aprobación el nombre de una personalidad súbdito de una Potencia neutral, o, en su defecto presentada por el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Dicha personalidad será invitada a participar en esa reunión en calidad de Presidente.*

ARTICULO 23
Colaboración de la Unesco

1. *Las Altas Partes Contratantes podrán recurrir a la ayuda técnica de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura para organizar la protección de sus bienes culturales o en relación con cualquier otro problema derivado del cumplimiento de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación. La Organización prestará su ayuda dentro de los límites de su programa y de sus posibilidades.*

2. *La Organización está autorizada para presentar por propia iniciativa a las Altas Partes Contratantes proposiciones a este respecto.*

ARTICULO 24
Acuerdos Especiales

1. *Las Altas Partes Contratantes podrán concertar acuerdos especiales sobre cualquier cuestión que juzguen oportuno solventar por separado.*

2. *No se podrá concertar ningún acuerdo especial que disminuya la protección ofrecida por la presente Convención a los bienes culturales y al personal encargado de la salvaguardia de los mismos.*

ARTICULO 25
Difusión de la Convención

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible en sus respectivos países, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, el texto de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación. En especial, se comprometen a introducir su estudio en los programas de instrucción militar, y de ser posible, en los de instrucción cívica, de tal modo que los principios puedan ser conocidos por el conjunto de la población, y en particular por las fuerzas armadas y el personal adscrito a la protección de los bienes culturales.

ARTICULO 26
Traducciones e Informes

1. *Las Altas Partes Contratantes se comunicarán por conducto del Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, las traducciones oficiales de la presente Convención y del Reglamento para la aplicación de la misma.*

2. *Además, dirigirán al Director General, por lo menos una vez cada cuatro años, informes en los que figuren los datos que estimen oportunos sobre las medidas tomadas, preparadas o estudiadas por sus respectivas administraciones para el cumplimiento de la presente Convención y del Reglamento para la aplicación de la misma.*

ARTICULO 27
Reuniones

1. *El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura podrá, con la aprobación del Consejo Ejecutivo, convocar reuniones de representantes de las Altas Partes Contratantes. Cuando lo solicite un quinto, por lo menos, de las Altas Partes Contratantes tendrá la obligación de convocarlas.*

2. *Sin perjuicio de cualesquiera otras funciones que le confiera la presente Convenio o el Reglamento para su aplicación, la reunión estará facultada para estudiar los problemas relativos a la interpretación o a la aplicación de la Convención y de su Reglamento y formular las recomendaciones pertinentes a ese propósito.*

3. *Además, si se halla representada en la reunión la mayoría de las Altas Partes Contratantes, se podrá proceder a la revisión de la Convención o del Reglamento para su aplicación, con arreglo a las disposiciones del artículo 39.*

ARTICULO 28
Sanciones

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar, dentro del marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas cualquiera que sea su nacionali-

dad, que hubieren cometido u ordenado que se cometiera una infracción de la presente Convención.

DISPOSICIONES FINALES
ARTICULO 29
Lenguas

1. *La presente Convención está redactada en español, francés, inglés y ruso; los cuatro textos, son igualmente fidedignos.*

2. *Las Organizaciones de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se encargará de realizar las traducciones a los demás idiomas oficiales de su Conferencia General.*

ARTICULO 30
Firma

La presente Convención llevará la fecha del 14 de mayo de 1954 y quedará abierta hasta el 31 de diciembre de 1954 a la firma de todos los Estados invitados a la Conferencia reunida en La Haya del 21 de abril de 1954 al 14 de mayo de 1954.

ARTICULO 31
Ratificación

1. *La presente Convención será sometida a la ratificación de los Estados signatarios con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales.*

2. *Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.*

ARTICULO 32
Adhesión

A partir de la fecha de su entrada en vigor, la presente Convención quedará abierta a la adhesión de todos los Estados no signatarios a los que se hace referencia en el artículo 29 (sic)[2]*, así como a cualquier otro Estado invitado a adherirse a ella por el Consejo Ejecutivo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.*

ARTICULO 33

---

2 Nota de la Corte Constitucional. Debe entenderse que artículo 30, pues no sólo así se señala en el texto de las otras lenguas oficiales, sino que sólo así adquiere sentido la remisión hecha por este artículo.

Entrada en vigor

1. *La presente Convención entrará en vigor tres meses después de haberse depositado cinco instrumentos de ratificación.*

2. *Ulteriormente, la Convención entrará en vigor para cada una de las demás Altas Partes Contratantes tres meses después de la fecha en que hubieren depositado el respectivo instrumento de ratificación de adhesión.*

3. *Las situaciones previstas en los artículos 18 y 19 determinarán que las ratificaciones y adhesiones, depositadas por las partes en conflicto antes o después de haberse iniciado las hostilidades o la ocupación, surtan efecto inmediato. En esos casos, el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura enviará, por la vía más rápida las notificaciones previstas en el artículo 38.*

ARTICULO 34
Aplicación

1. *Cada Estado Parte en la Convención en la fecha de su entrada en vigor adoptará todas las medidas necesarias para que ésta sea efectivamente aplicada en un plazo de seis meses.*

2. *Para todos aquellos Estados que depositaren su instrumento de ratificación o de adhesión después de la fecha de entrada en vigor de la Convención, el plazo será de seis meses a contar desde la fecha del depósito del instrumento de ratificación de adhesión.*

ARTICULO 35
Extensión de la Convención a otros territorios

Cualquiera de las Altas Partes Contratantes podrá en el momento de la ratificación o de la adhesión, o en cualquier otro momento ulterior, declarar mediante notificación dirigida al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que la presente Convención se hará extensiva al conjunto o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable. Dicha notificación producirá efecto tres meses después de la fecha de su recepción.

ARTICULO 36
Relación con las Convenciones anteriores

1. *En las relaciones entre las Potencias que estén obligadas por las Convenciones de La Haya relativas a las leyes y uso de la guerra terrestre (IV) y a los bombardeos por fuerzas navales en tiempo de guerra (IX), ya se trate de las del 29 de julio de 1899 o de las del 18 de octubre de 1907, y que sean partes de la presente*

Convención, esta última completará la anterior Convención (IX) y el Reglamento anexo a la Convención (IV) y se reemplazará el emblema descrito en el artículo 5° de la Convención (IX) por el descrito en el artículo 16 de la presente Convención en los casos en que ésta y el Reglamento para su aplicación, prevén el empleo de dicho emblema.

2. En las relaciones entre las Potencias que estén obligadas por el Pacto de Washington del 15 de abril de 1935 para la protección de Instituciones Artísticas y Científicas y los Monumentos Históricos (Pacto Roerich) y que sean también partes en la presente Convención, esta última completará el Pacto Roerich y se reemplazará la bandera distintiva adscrita en el artículo 3° del Pacto por el emblema descrito en el artículo 16 de la presente Convención, en los casos en que ésta y el Reglamento para su aplicación prevén el empleo de dicho emblema.

ARTICULO 37
Denuncia

1. Cada una de las Altas partes contratantes podrá denunciar la presente Convención en nombre propio o en el de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable.

2. Dicha denuncia se notificará mediante un instrumento escrito que será depositado ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

3. La denuncia producirá efecto un año después del recibo del instrumento correspondiente. Sin embargo, si al expirar el año, la Parte denunciante se encuentra implicada en un conflicto armado, el efecto de la denuncia quedará en suspenso hasta el fin de las hostilidades y, en todo caso, hasta que hayan terminado las operaciones de repatriación de los bienes culturales.

ARTICULO 38
Notificaciones

El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura informará a los Estados que se hace referencia en los artículos 30 y 32, así como a las Naciones Unidas, del depósito de todos los instrumentos de ratificación de adhesión o de aceptación previstos en los artículos 31, 32 y 39 y de las notificaciones y denuncias previstas respectivamente en los artículos 35, 37 y 39.

ARTICULO 39
Revisión de la convención y del reglamento para su aplicación

1. Cada una de las Altas Partes Contratantes puede proponer modificaciones a la presente Convención y al Reglamento para su aplicación. Cualquiera modificación

así propuesta será transmitida al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, quien la comunicará a cada una de las Altas Partes Contratantes solicitando, al mismo tiempo, que éstas le hagan saber, dentro de un plazo de cuatro meses.

a) *Si desean que se convoque una Conferencia para discutir la modificación propuesta;*
b) *Si, por el contrario, favorecen la aceptación de la propuesta sin necesidad de Conferencia;*
c) *Si rechazan la modificación propuesta sin necesidad de Conferencia.*

2. *El Director General transmitirá las respuestas recibidas en cumplimiento del párrafo 1° del presente artículo a todas las Altas Partes Contratantes.*

3. *Si la totalidad de las Altas Partes Contratantes que hayan respondido en el plazo previsto a la petición del Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, conforme al apartado b) del párrafo 1° del presente artículo, informan al Director General que están de acuerdo en adoptar la modificación sin que se reúna una conferencia, el Director General notificará dicha decisión según lo dispuesto en el artículo 38. La modificación tendrá efecto, respecto a todas las Altas Partes Contratantes, después de un plazo de noventa días a contar de la fecha de dicha notificación.*

4. *El Director General convocará una conferencia de las Altas Partes Contratantes, a fin de estudiar la modificación propuesta, siempre que la convocatoria de dicha Conferencia haya sido solicitada por más de un tercio de las Altas Partes Contratantes.*

5. *Las propuestas de modificaciones de la Convención y del Reglamento para su aplicación que sean objeto del procedimiento establecido en el párrafo precedente, sólo entrarán en vigor cuando hayan sido adoptadas unánimemente por las Altas Partes Contratantes representadas en la conferencia, y aceptadas por cada uno de los Estados Partes en la Convención.*

6. *La aceptación por las Altas Partes Contratantes de las modificaciones de la Convención o del Reglamento para su aplicación que hayan sido adoptadas por la Conferencia prevista en los párrafos 4° y 5°, se efectuarán mediante el depósito de un instrumento formal ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.*

7. *Después de la entrada en vigor de las modificaciones de la presente Convención o del Reglamento para su aplicación, únicamente el texto así modificado de dicha Convención o del reglamento para su aplicación quedará abierto a la ratificación o adhesión.*

ARTICULO 40

Registro

En cumplimiento del artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, la presente Convención será registrada en la Secretaría de las Naciones Unidas a instancia del Director General de la Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado la presente Convención.

Hecha en la Haya el 14 de mayo de 1954, en un solo ejemplar que será depositado en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y del cual se remitirán copias certificadas conformes a todos los Estados a que se hace referencia en los artículos 30 y 32, así como a las Naciones Unidas.

REGLAMENTO PARA LA APLICACION DE LA CONVENCION PARA LA PROTECCION DE LOS BIENES CULTURALES EN CASO DE CONFLICTO ARMADO

CAPITULO I
DE LA VIGILANCIA E INSPECCION

ARTICULO 1º

Lista internacional de personalidades

Desde el momento de la entrada en vigor de la Convención, el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura redactará una lista internacional de personalidades aptas para desempeñar las funciones de Comisario General de Bienes Culturales con los nombres de los candidatos presentados por cada una de las Altas Partes Contratantes. Esta lista será objeto de revisiones periódicas a iniciativa del Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que tendrá en cuenta las peticiones de las Altas Partes Contratantes.

ARTICULO 2º

Organización de la vigilancia y la inspección

Tan pronto como una de las Altas Partes Contratantes participe en un conflicto armado al que se aplique el artículo 18 de la Convención:

a) *Designará un representante para las cuestiones relativas a los bienes culturales situados en su territorio; si esa Potencia ocupa el territorio de otro país, deberá nombrar un representante especial para las cuestiones relativas a los bienes culturales que se encuentren en él;*

b) *La Potencia protectora de cada Potencia adversaria de esa Alta Parte*

Contratante designará delegados ante esta última, con arreglo a lo previsto en el artículo 3º del Reglamento;

c) *Se designará un Comisario General de Bienes Culturales ante esa Alta Parte, con arreglo a la forma prevista en el artículo 4º del Reglamento.*

ARTICULO 3º
Designación de delegados de las Potencias Protectoras

La Potencia protectora escogerá sus delegados entre los miembros de su cuerpo diplomático o consular o, previo asentimiento de la Parte ante la cual haya de estar acreditados, entre otras personas.

ARTICULO 4º
Designación del Comisario General

1. *El Comisario General de Bienes Culturales será elegido de común acuerdo por la Parte ante la cual haya de estar acreditado y por las Potencias protectoras de las Partes adversarias, entre las personalidades que figuren en la lista internacional.*

2. *Si las Partes no llegasen a un acuerdo durante las tres semanas siguientes a la apertura de sus conversaciones sobre dicho punto, solicitarán del Presidente de la Corte Internacional de Justicia que designe el Comisario General, quien no entrará en funciones hasta haber obtenido el placet de la Parte ante la que hubiere de ejercer su misión.*

ARTICULO 5º
Atribuciones de los delegados

Será función de los delegados de las Potencias Protectoras comprobar las violaciones de la Convención, investigar, con el consentimiento de la Parte ante la cual ejercen su misión, las circunstancias en que se hayan producido, efectuar gestiones en el lugar donde aquéllas hayan ocurrido para hacerlas cesar y, en caso necesario, notificar tales violaciones al Comisario General. Los delegados deberán tener informado a éste de sus actividades.

ARTICULO 6º
Atribuciones del Comisario General

1. *El Comisario General de Bienes Culturales tratará con el representante de la Parte ante la cual esté acreditado y con los delegados interesados las cuestiones que se le hayan planteado respecto a la aplicación de la Convención.*

2. *Podrá tomar decisiones y hacer nombramiento en los casos previstos en el presente Reglamento.*

3. *Con la aquiescencia de la Parte ante la cual esté acreditado, tendrá derecho a ordenar que se proceda a una investigación o a realizarla personalmente.*

4. *Hará ante las Partes en conflicto o ante sus Potencias protectoras todas las gestiones que considere útiles para la aplicación de la Convención.*

5. *Preparará los informes necesarios sobre la aplicación de la Convención y los comunicará a las Partes interesadas y a sus Potencias protectoras. Remitirá copias al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el cual sólo podrán utilizar los datos técnicos.*

6. *Cuando no haya Potencia protectora, el Comisario General ejercerá las funciones atribuidas a la Potencia protectora por los artículos 21 y 22 de la Convención.*

ARTICULO 7°
Inspectores y expertos

1. *Siempre que el Comisario General de Bienes Culturales, a petición de los delegados interesados o después de consultar con ellos, lo juzgue necesario, propondrá a la Parte ante la cual esté acreditada el nombramiento de una persona que, en calidad de inspector de bienes culturales se encargará de una misión determinada. Estos inspectores no serán responsables más que ante el Comisario General.*

2. *El Comisario General, los delegados y los inspectores podrán recurrir a los servicios de los expertos, que serán igualmente propuestos a la aprobación de la Parte mencionada en el párrafo anterior.*

ARTICULO 8°
Ejercicio de la misión de vigilancia

Los Comisarios Generales de Bienes Culturales, los delegados de las Potencias protectoras, los inspectores y los expertos no deberán excederse en ningún caso de los límites de su misión. En especial, deberán tener en cuenta las necesidades de seguridad de la Alta Parte Contratante cerca de la cual ejercen sus funciones y, en toda circunstancia, tener presentes las necesidades de la situación militar tal como les hayan sido comunicadas por dicha Alta Parte Contratante.

ARTICULO 9°
Substitutos de las Potencias protectoras

Si una de las Partes en conflicto no cuenta con los servicios de una Potencia protectora, o deja de contar con ellos, podrá pedir a un Estado neutral que asuma las funciones de Potencia protectora a los efectos de designar un Comisario General de Bienes Culturales según el procedimiento previsto en el artículo 4°. El Comisario General así designados podrá confiar a los inspectores las funciones de delegados

de las Potencias protectoras determinadas por el presente Reglamento.

ARTICULO 10
Gastos

La remuneración y los gastos del Comisario General de Bienes Culturales, de los inspectores y de los expertos correrán a cargo de la Parte ante la cual estén acreditados; los correspondientes a los delegados de las Potencias protectoras serán objeto de un acuerdo entre esas Potencias y los Estados cuyos intereses protejan.

CAPITULO II
DE LA PROTECCION ESPECIAL
ARTICULO 11
Refugios improvisados

1. *Si en el curso de un conflicto armado una de las Altas Partes Contratantes se viera obligada por circunstancias imprevistas a construir un refugio improvisado y desea que se coloque bajo protección especial, deberá comunicarlo inmediatamente al Comisario General ante ella acreditado.*

2. *Si el Comisario General opina que las circunstancias y la importancia de los bienes culturales protegidos en ese refugio improvisado justifican tal medida, podrá autorizar a la Alta Parte Contratante a colocar en él el emblema descrito en el artículo 16 de la Convención. Deberá comunicar su decisión inmediatamente a los delegados interesados de las Potencias protectoras, cada uno de los cuales podrá, dentro de un plazo de 30 días, ordenar la retirada inmediata del emblema.*

3. *En cuanto dichos delegados hayan manifestado su acuerdo o una vez transcurrido el plazo de 30 días sin que ninguno de los delegados interesados haya manifestado su oposición, y si el refugio improvisado reúne, en opinión del Comisario General, las condiciones previstas en el artículo 8° de la Convención, el Comisario General solicitará del Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura la inscripción del refugio en el Registro de Bienes Culturales bajo protección especial.*

ARTICULO 12
Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial

1. *Se establecerá un "Registro Internacional de Bienes Culturales bajo Protección Especial".*

2. *El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se encargará de ese registro, y remitirá duplicados del mismo al Secretario General de las Naciones Unidas así como a las Altas Partes Contratantes.*

3. *El registro estará dividido en secciones, cada una de las cuales corresponderá a una de las Altas Partes Contratantes. Cada sección se subdividirá en tres epígrafes, titulados respectivamente: refugios, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles. Compete al Director General decidir los datos que deban figurar en cada sección.*

ARTICULO 13
Solicitudes de inscripción

1. *Cada una de las Altas Partes Contratantes podrá pedir al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura la inscripción en el Registro de determinados refugios, centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles sitos (sic) en su territorio. Las peticiones contendrán indicaciones sobre el emplazamiento de dichos bienes y certificará que éstos reúnan las condiciones previstas en el artículo 8° de la Convención.*

2. *En el caso de ocupación, la Potencia ocupante podrá formular la petición de inscripción.*

3. *El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura enviará sin pérdida de tiempo copia de las peticiones de inscripción a cada una de las Altas Partes Contratantes.*

ARTICULO 14
Oposición

1. *Cada una de las Altas Partes Contratantes podrá oponerse a la inscripción en el registro de un bien cultural, por carta dirigida al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Esta carta deberá ser recibida por el Director General, en un plazo de cuatro meses a contar desde la fecha en que se haya expedido la copia de la petición de inscripción.*

2. *Tal oposición deberá ser motivada. Los únicos motivos admisibles podrán ser:*

a) *Que el bien que se trate no sea un bien cultural;*
b) *Que no se cumplan las condiciones mencionadas en el artículo 8° de la Convención.*

3. *El Director General enviará sin demora copia de la carta de la oposición a las Altas Partes Contratantes. En caso necesario, solicitará el asesoramiento del Comité Internacional de Monumentos, lugares de interés artístico e histórico y excavaciones arqueológicas, y además, si lo juzgare conveniente, de cualquier otro organismo o personalidad calificados para ello.*

4. *El Director General o la Alta Parte Contratante que haya pedido la inscripción*

podrán hacer todas las gestiones oportunas ante las Altas Partes Contratantes que hayan formulado su oposición, para que desistan de ella.

5. *Si una de las Altas Partes Contratantes que hubiese solicitado en tiempo de paz la inscripción de un bien cultural en el registro participase de un conflicto armado antes de haberse efectuado dicha inscripción, el bien cultural de que se trate será inscrito inmediatamente por el Director General en el registro, a título provisional, en espera de la confirmación, desistimiento o anulación de cualquier procedimiento de oposición que pudiera o hubiese podido ser iniciado.*

6. *Si en un plazo de seis meses contados desde la fecha en que recibió la carta de oposición, el Director General no recibe de la Alta Parte Contratante que formuló la oposición una comunicación notificándole que ha desistido de la misma, la Alta Parte Contratante que haya presentado la petición de inscripción podrá recurrir al procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo siguiente.*

7. *La petición de arbitraje deberá formularse a más tardar, un año después de la fecha en que el Director General haya recibido la carta de oposición. Cada una de las dos Partes en controversia designará un árbitro. En el caso de que una petición de inscripción hubiere sido objeto de más de una oposición, las Altas Partes Contratantes que hubiesen formulado la oposición designarán conjuntamente un árbitro. Los dos árbitros elegirán un arbitro-presidente de la lista internacional de personalidades previstas en el artículo primero del presente Reglamento, si los árbitros no pudiesen llegar a ponerse de acuerdo para hacer esa elección, pedirán al Presidente de la Corte Internacional de Justicia que designe un árbitro-presidente, quien no será necesario que figure en la lista internacional de personalidades. El tribunal arbitral así formado fijará su propio procedimiento y sus decisiones serán inapelables.*

8. *Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en el momento en que se inicie una controversia en la cual sea ella Parte, que no desea aplicar el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo precedente. En ese caso, la oposición a la petición de inscripción se someterá por el Director General de las Altas Partes Contratantes. Sólo se mantendrá la oposición si las Altas Partes Contratantes lo deciden por una mayoría de dos tercios de votantes. La votación se efectuará por correspondencia, a menos que el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, juzgando indispensable la convocatoria de una reunión en virtud de los poderes que le confiere el artículo 27 de la Convención, procediese a convocarla. Si el Director General decide que se vote por correspondencia invitará a las Altas Partes Contratantes a que le envíen su voto bajo sobre sellado, en un plazo de seis meses a partir del día en que se les hayan dirigido la invitación correspondiente.*

ARTICULO 15
Inscripción

1. *El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura hará inscribir en el registro, bajo un número de orden, cada uno de los bienes con respecto a los cuales se hubiese hecho una petición de inscripción, siempre que esa petición no hubiese sido objeto de oposición en el plazo previsto en el párrafo primero del artículo 14.*

2. *En el caso de que se hubiera formulado una oposición, y salvo lo dispuesto en el párrafo 5° del artículo 14, el Director General no procederá a la inscripción del bien cultural en el registro más que si la oposición ha sido retirada o si no hubiese sido confirmada después de los procedimientos previstos en el párrafo 7° del artículo 14 o en el párrafo 8° del mismo artículo.*

3. *Siempre que sea aplicable el párrafo 3° del artículo 11, el Director General procederá a la inscripción, a requerimiento del Comisario General de bienes Culturales.*

4. *El Director General enviará sin demora al Secretario General de las Naciones Unidas, a las Altas Partes Contratantes y, a petición de la Parte que hubiese solicitado la inscripción, a todos los demás Estados a que se refieren los artículos 30 y 32 de la Convención, copia certificada de cada inscripción en el registro. La inscripción surtirá efecto treinta días después de dicho envío.*

ARTICULO 16
Cancelación

1. *El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura cancelará la inscripción de un bien cultural en el registro:*

a) *A petición de la Alta Parte Contratante sobre cuyo territorio se encuentre el bien cultural;*
b) *Cuando la alta Parte Contratante que hubiere solicitado la inscripción hubiese denunciado la Convención, y a partir del momento en que surta efecto tal denuncia:*
c) *En el caso especial previsto por el párrafo 5° del artículo 14, cuando se haya confirmado una oposición, como consecuencia de los procedimientos previstos en el párrafo 7° del artículo 14 o en el párrafo 8° del mismo artículo.*

2. *El Director General enviará sin demora al Secretario General de las Naciones Unidas y a todos los Estados que hubiesen recibido copia de la inscripción, copia certificada de toda cancelación de inscripción. La cancelación surtirá efecto a los treinta días del envío de la notificación.*

CAPITULO III
DEL TRANSPORTE DE BIENES CULTURALES

ARTICULO 17
Procedimiento para obtener la inmunidad

1. *La petición a que se refiere el párrafo primero del artículo 12 de la Convención deberá dirigirse al Comisario General de Bienes Culturales. En ella se mencionarán las razones que la motiva, detallándose el número aproximado y la importancia de los bienes culturales que hayan de ser trasladados, el lugar donde se encuentren, el lugar adonde hayan de ser trasladados, los medios de transportes, el itinerario proyectado, la fecha propuesta para su traslado y cualquiera otros datos pertinentes.*

2. *Si el Comisario General, después de haber recabado los asesoramientos que considere oportunos, estima que el traslado está justificado, consultará a los delegados interesados de las Potencias protectoras sobre las medidas propuestas para la ejecución del mismo. Después de dichas consultas, notificará el transporte a las Partes interesadas en el conflicto, incluyendo en esa notificación todos los datos que puedan ser útiles.*

3. *El Comisario General designará uno o varios inspectores, quienes cuidarán de que se trasladen sólo los objetos indicados en la petición, de que el transporte se realice en la forma aprobada y de que se utilice el emblema. El inspector o los inspectores acompañarán a los bienes hasta el punto de destino.*

ARTICULO 18
Traslados al extranjero

Todo traslado que se efectúe bajo protección especial al territorio de otro país, quedará sujeto, no sólo a las disposiciones del artículo 12 de la Convención y del artículo 17 del presente Reglamento, sino también a las normas siguientes:

a) *Durante la permanencia de los bienes culturales en el territorio de otro Estado, éste será el depositario de los mismos y presentará a dichos bienes iguales cuidados, por lo menos, que a sus propios bienes culturales de importancia similar;*
b) *El Estado depositario no devolverá esos bienes más que una vez terminado el conflicto; esa devolución se efectuará dentro del plazo de seis meses a contar desde la fecha en que se pida;*
c) *En los sucesivos traslados y durante su permanencia en el territorio de otro Estado, esos bienes no podrán ser objeto de ninguna medida de embargo y ni el depositante ni el depositario tendrán la facultad de disponer de ellos. No obstante, cuando así lo exija la salvaguardia de esos bienes, el depositario, previo asentimiento del depositante, podrá ordenar su traslado al territorio de un tercer país, en las condiciones previstas en el presente artículo;*
d) *La petición de protección especial deberá indicar que el Estado a cuyo territorio haya de efectuarse, el traslado acepta las disposiciones del presente artículo.*

ARTICULO 19
Territorio ocupado

Cuando una Alta Parte Contratante que ocupe el territorio de otra Alta Parte Contratante trasladare bienes culturales a un refugio situado en otro punto de este territorio, sin poder observar el procedimiento previsto en el artículo 17 del Reglamento, dicho traslado no se considerará como ocultación o apropiación en el sentido del artículo 4° de la Convención, si el Comisario General certifica por escrito, previa consulta con el personal normal de protección, que las circunstancias hacen necesario ese traslado.

CAPITULO IV
DEL EMBLEMA
ARTICULO 20
Colocación del emblema

1. *La colocación del emblema y su grado de visibilidad quedan a la apreciación de las autoridades competentes de cada una de las Altas Partes Contratantes. El emblema podrá figurar en las banderas y en los brazaletes. Podrá estar pintado sobre un objeto o estar representado en el mismo en cualquier otra forma apropiada.*

2. *Sin embargo, en caso de conflicto armado, y sin perjuicio de emplear eventualmente un sistema de señales más completo, el emblema deberá colocarse de manera bien visible durante el día, tanto desde el aire como en tierra, sobre los vehículos de los transportes previstos en los artículos 12 y 13 de la Convención.*

El emblema deberá ser visible desde tierra:

a) *A intervalos regulares de distancia suficiente para delimitar claramente el perímetro de un centro monumental bajo protección especial;*
b) *A la entrada de otros bienes culturales inmuebles bajo protección especial.*

ARTICULO 21
Identificación de personas

1. *Las personas a que se refieren los apartados b) y c) párrafo segundo del artículo 17 de la Convención, podrán llevar un brazalete con el emblema, expedido y sellado por las autoridades competentes.*

2. *Serán portadores de una tarjeta especial de identidad en la que figure el emblema. Esta tarjeta mencionará, por lo menos, el nombre y apellidos, la fecha de nacimiento, el título o grado, y la función del interesado. La tarjeta llevará una fotografía del titular del interesado. La tarjeta llevará una fotografía del titular y su firma o sus huellas digitales, o ambas cosas. Ostentará además el sello en seco de la autoridades competentes.*
3. *Cada una de las Altas Partes Contratantes establecerá su modelo de tarjeta de identidad, inspirándose para ello en el modelo anexo, a título de ejemplo, al presente Reglamento. Las Altas Partes Contratantes se comunicarán el modelo por ellas adoptado. A ser posible, de cada tarjeta de identidad expedida se hará, por lo*

menos un duplicado, archivando uno de ellos la Potencia responsable.
4. No podrá privarse sin motivo justificado a las personas mencionadas en este artículo de su tarjeta de identidad ni del derecho a llevar el brazalete.

TARJETA DE IDENTIDAD

para el personal encargado de la protección de los bienes culturales
Apellidos
Nombre (s)
Fecha de nacimiento
Título o grado
Función
es titular de la presente tarjeta en virtud de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954, para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

Fecha de expedición de la tarjeta
Número de la tarjeta
Reverso
Fotografía del titular
Firma o huellas digitales o ambas cosas
Sello en seco de la autoridad que expida la tarjeta
Talla Ojos Cabellos
Otras señales personales

PROTOCOLO

Las Altas Partes Contratantes han convenido lo siguiente:

1. *Cada una de las Altas Partes Contratantes se comprometen a impedir la exportación de bienes culturales de un territorio ocupado por ella durante un conflicto armado. Dichos bienes culturales se encuentran definidos en el artículo primero de la Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmado en la Haya el 14 de mayo de 1954.*

2. *Cada una de las Altas Partes Contratantes se comprometen a colocar bajo secuestro los bienes culturales importados en su territorio, que procedan directa o indirectamente de cualquier territorio ocupado. Este secuestro se declarará, bien de oficio en el momento de la importación, o, en otro caso, a petición de las autoridades de dicho territorio.*

3. *Cada una de las Altas Partes Contratantes se comprometen a devolver, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio anteriormente ocupado, los bienes culturales que se encuentren en el suyo, si dichos bienes han sido exportados en contravención del principio establecido en el párrafo primero. En ningún caso los bienes culturales podrán retenerse a título de reparaciones de*

guerra.

4. *La Alta Parte Contratante que tuviera la obligación de impedir la exportación de bienes culturales del territorio ocupado por ella, deberá indemnizar a los poseedores de buena fe de los bienes culturales que hayan de ser devueltos con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente.*

II

5. *Los bienes culturales procedentes del territorio de una Alta Parte Contratante depositados por ella, a fin de protegerlos contra los peligros de un conflicto armado, en el territorio de otra Alta Parte Contratante, serán devueltos por ésta, al término de las hostilidades a las autoridades competentes del territorio de procedencia.*

III

6. *El presente Protocolo llevará la fecha del 14 de mayo de 1954 y permanecerá abierto hasta la fecha del 31 de diciembre de 1954 a la firma de todos los Estados invitados a la Conferencia reunida en La Haya del 21 de abril de 1954 al 14 de mayo de 1954.*

7. *a) El presente Protocolo será sometido a la ratificación de los Estados signatarios, conforme a sus procedimientos constitucionales respectivos;*

b) *Los instrumentos de ratificación se depositarán ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.*

8. *A partir de la fecha de su entrada en vigor, el presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados no firmantes, a que se refiere el párrafo 6º, así como a la de cualquier otro Estado invitado a adherirse al mismo por el Consejo Ejecutivo de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. La adhesión se verificará mediante el depósito de un instrumento de adhesión ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.*

9. *Los Estados a los que hacen referencia los párrafos 6º y 8º podrán, en el acto de la firma, de la ratificación o de la adhesión, declarar que no se consideran ligados por las disposiciones de la Sección I o por los de la Sección II del presente protocolo.*

10. *a) El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de que hayan sido depositados cinco instrumentos de ratificación;*
b) *Posteriormente, entrará en vigor para cada Alta Parte Contratante tres meses después del depósito de su instrumento de ratificación de adhesión;*
c) *Las situaciones previstas en los artículos 18 y 19 de la Convención para la pro-*

tección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, firmada en La Haya en 14 de mayo de 1954, darán inmediato efecto a las ratificaciones y a las adhesiones depositadas por la Parte en conflicto antes o después del comienzo de las hostilidades o de la ocupación. El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura comunicará estas ratificaciones o adhesiones por la vía más rápida.

11. *a) Los Estados Partes en el Protocolo en la fecha de su entrada en vigor, tomarán cada uno en aquello que le concierna, todas las medidas requeridas para su aplicación efectiva en un plazo de seis meses.*

b) *Ese plazo será de seis meses, contados a partir del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, para todos los Estados que depositasen sus instrumentos de ratificación de adhesión después de la fecha de entrada en vigor del Protocolo.*

12. *Toda Alta Parte Contratante podrá, en el momento de la ratificación o de la adhesión o en cualquier momento posterior, declarar por una notificación dirigida al Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que el presente Protocolo se extenderá al conjunto o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones internacionales sea ella responsable. Dicha notificación producirá efecto tres meses después de la fecha de su recepción.*

13. *a) Cada una de las Altas Partes Contratantes tendrá la facultad de denunciar el presente Protocolo en nombre propio o en el de cualquier territorio de cuyas relaciones internacionales sea responsable;*
b) *La denuncia se notificará por un instrumento escrito depositado ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura;*
c) *La denuncia será efectiva un año después de la recepción del instrumento de denuncias. Sin embargo, si en el momento de la expiración de ese año la Parte denunciante se encontrase implicada en un conflicto armado, los efectos de la denuncia quedarán en suspenso hasta el fin de las hostilidades y, en todo caso, mientras duren las operaciones de repatriación de los bienes culturales.*

14. *El Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, informará a los Estados a que hacen referencia los párrafos 6° y 8°, así como a la organización de las Naciones Unidas, del depósito de todos los instrumentos de ratificación, de adhesión o de aceptación mencionados en los párrafos 7°, 8° y 15, lo mismo que las modificaciones y denuncias previstas respectivamente en los párrafos 12 y 13.*

15. *a) El presente Protocolo puede ser revisado si la revisión la solicita más de un tercio de las Altas Partes Contratantes;*

b) *El Director General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura convocará una Conferencia con dicho objeto;*

c) *Las modificaciones al presente Protocolo no estarán en vigor más que después de adoptadas por unanimidad por las Altas Partes Contratantes representadas en la Conferencia y de haber sido aceptadas por cada una de las Altas Partes Contratantes;*

d) *La aceptación por las Altas Partes Contratantes de las modificaciones al presente Protocolo que hayan sido adoptadas por la Conferencia a la que se refieren los apartados b) y c), se llevará a efecto por el depósito de un instrumento formal ante el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura;*

e) *Después de la entrada en vigor de las modificaciones al presente Protocolo, sólo este texto modificado permanecerá abierto para la ratificación o adhesión.*

Conforme al artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas el presente Protocolo será registrado en la Secretaría de las Naciones Unidas a petición del Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados, han firmado el presente Protocolo.

Hecho en La Haya el catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, en español, en francés, en inglés en ruso, haciendo fe por igual los cuatro textos, en un solo ejemplar que e depositará en los archivos de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y cuyas copias certificadas y conformes se remitirán a todos los Estados a que se refieren los párrafos 6° y 8°, así como a la Organización de las Naciones Unidas.

RESOLUCIONES
RESOLUCION I

La Conferencia formula el voto de que los órganos competentes de las Naciones Unidas decidan que, en caso de acción militar emprendida en cumplimiento de su Carta, las fuerzas armadas que participaren en dicha acción apliquen las disposiciones de la Convención.

RESOLUCION II

La Conferencia formula el voto de que cada una de las Altas Partes Contratantes al adherirse a la Convención, cree, de acuerdo con su sistema constitucional y administrativo, un Comité Consultivo Nacional, compuesto de un reducido número de personalidades, como por ejemplo: altos funcionarios de los servicios arqueológi-

cos, de museos, etc., un representante del Alto Estado Mayor, un representante del Ministerio de Negocios Extranjeros, un especialista de derecho Internacional y dos o tres miembros más, cuyas funciones y competencias guarden relación con las distintas cuestiones a que se refiere la Convención.

Este Comité, que funcionaría dependiente de la autoridad del Ministerio o del jefe de los servicios nacional encargados de la custodia de los bienes culturales, podría tener principalmente las atribuciones siguientes:

a) *Asesorar al Gobierno respecto a las medidas necesarias para la aplicación de la Convención en sus aspectos legislativos, técnico o militar, en tiempo de paz o de conflicto armado;*
b) *Intervenir cerca de su gobierno en caso de conflicto armado o de inminencia del mismo, con el fin de asegurar que los bienes culturales situados en el territorio nacional o en el de otros países sean conocidos, respetados y protegidos por las fuerzas armadas del país de acuerdo con las disposiciones de la Convención;*
c) *Asegurar, de acuerdo con su gobierno, el enlace y la cooperación con los demás Comités Nacionales de esta clase y con cualquier organismo internacional competente.*

RESOLUCION III

La Conferencia formula el voto de que el Director General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura convoque, tan pronto como sea posible después de la entrada en vigor de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, una reunión de las Altas Partes Contratantes.

Copia certificada conforme y completa del ejemplar original del acta final de la Conferencia Intergubernamental sobre la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y del Protocolo para la protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, firmados en La Haya el 14 de mayo de 1954, y de las Resoluciones anexas al Acta final.

París ,
Consejero Jurídico
de la Organización de las Naciones Unidas
para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

La suscrita Jefe, encargada de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores,

HACE CONSTAR:

Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado de la

"Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), documentos que reposan en los archivos de la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Sonia Pereira Portilla,
Jefe Oficina Jurídica (E),

Rama Ejecutiva del poder Público
Presidencia de la República
Santafé de Bogotá, D.C., 15 de enero de 1996

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales.

(Fdo.) ERNESTO SAMPER PIZANO
El Ministro de Relaciones Exteriores,
(Firmado) Rodrigo Pardo García-Peña.

DECRETA:

Artículo 1°. Apruébanse la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de 1954.

Artículo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7° de 1944, la "Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado", el "Reglamento para la Aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado", firmado en La Haya el 14 de mayo de 1954, que por el artículo 1° de esta ley se aprueban, obligarán al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto de los mismos.

Artículo 3°. La presente Ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Siguen firmas...

III- INTERVENCION DE AUTORIDADES

3.1. Intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La ciudadana Blanca Lucía González Ríos, en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, interviene en el proceso y defiende la constitucionalidad de los convenios revisados. Luego de mostrar la importancia de que los bienes culturales sean protegidos durante las confrontaciones armadas, la ciudadana reseña los diversos intentos de la comunidad internacional en este campo, los cuáles se concretan en la presente convención, que "se fundamenta en la idea de que la conservación del patrimonio cultural no es un asunto sólo concerniente al Estado en cuyo territorio se encuentran los bienes culturales, sino que conservar el patrimonio común de la humanidad es un problema cuyo interés rebasa las fronteras nacionales."

Luego la ciudadana analiza en detalle el contenido de la Convención y del Protocolo, y concluye que éstas armonizan con la Carta, por lo cual considera que "la declaratoria de exequibilidad de la ley 340 de 1996 y de los instrumentos internacionales que aprueba es, sin lugar a dudas, un paso importante en favor de la conservación y preservación del patrimonio arqueológico, artístico, histórico y cultural del país."

3.2. Intervención del Defensor del Pueblo.

El señor Ricardo Wilches Rojas, Defensor del Pueblo (E), interviene en el proceso y defiende la constitucionalidad del tratado revisado. Según su criterio, es de "gran importancia que Colombia sea Estado Parte en la Convención mencionada porque, de esta manera se consolida la voluntad internacional referida a la protección de los bienes culturales que son patrimonio de la humanidad." Además, añade el Defensor, de esa manera se fortalece en el plano interno la protección constitucional que sobre los bienes culturales consagró la Asamblea Nacional Constituyente. Este aumento de la protección a los bienes culturales se justifica por cuanto ellos "han resultado destruidos por los efectos devastadores del conflicto armado, pero aún de mayor gravedad cuando los elementos bélicos son mas desarrollados, quedando expuestos cada día los bienes culturales a su inminente destrucción."

IV. DEL CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION.

En su concepto de rigor, el Procurador General de la Nación, Jaime Bernal Cuéllar, solicita a la Corte que declare exequibles los instrumentos internacionales revisados y su ley aprobatoria.

La Vista Fiscal comienza por analizar el proceso de aprobación del tratado y de la ley, y concluye que estos tramites fueron efectuados en forma regular, si bien es necesario que la Corte verifique si hubo quórum decisorio en el primer debate en el Senado. Luego el Procurador analiza la finalidad y el contenido material de los instrumentos internacionales bajo revisión, los cuáles, según su criterio, "se fundamentan, por un lado en el supuesto de que el patrimonio cultural de la humanidad no es un asunto que concierne únicamente al Estado en cuyo territorio se encuentran esta clase de bienes, y por el otro, en la idea según la cual dicha conservación de planificarse y organizarse en tiempos de paz, mediante las oportunas medidas nacionales de aplicación de las normas convencionales", finalidades que encuentran pleno sustento constitucional, pues la Carta reconoce y protege ampliamente los bienes culturales. En efecto, señala el Procurador, "el Constituyente de 1991 hizo un reco-

nocimiento de nuestro patrimonio cultural, elevando a norma constitucional numerosas disposiciones de carácter legal y de principios consagrados en tratados internacionales, en las cuales se determina la naturaleza jurídica y le señala al Estado funciones y deberes para la defensa del mismo, cuyos contenidos son el fundamento para valorar e interpretar el instrumento adoptado para la legislación interna, mediante la Ley 340 de 1996."

V. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia

1- En los términos del numeral 10 del artículo 241 de la Carta Política, esta Corte es competente para ejercer un control integral, previo y automático sobre la constitucionalidad de los proyectos de tratados internacionales y de sus leyes aprobatorias. Tal es el caso de la "Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado", el "Reglamento para la Aplicación de la Convención", y el "Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado", firmados en la Haya el 14 de mayo de 1954, y de su Ley aprobatoria 340 del 26 de diciembre de 1996. Por eso, en esta sentencia se revisará tanto la regularidad del trámite de la Ley aprobatoria, como el contenido de la misma y del Tratado.

Examen formal de la suscripción del tratado y la aprobación de la Ley 340 del 26 de diciembre de 1996

2- Según constancia del Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores incorporada al presente expediente (Folio 223), Colombia no suscribió el tratado bajo revisión, el cual fue firmado en la Haya el 14 de mayo de 1954. Sin embargo, consta en el presente expediente (Folios 83 y 224) que el 15 de enero de 1996 el Presidente dio su aprobación ejecutiva al presente tratado y decidió someterlo a la aprobación del Congreso (folio 224). Esta confirmación presidencial, conforme al derecho de los tratados codificado en la Convención de Viena de 1969, en su artículo 8°, subsana cualquier eventual vicio de representación del Estado. Este principio es totalmente aplicable en el derecho constitucional colombiano, puesto que corresponde al Presidente de la República, como jefe de Estado, dirigir las relaciones internacionales y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o Convenios (CP art. 189 ord. 2°). Es natural entonces que la confirmación presidencial subsane los vicios de representación durante el trámite de suscripción de un tratado.

3- El trámite del proyecto de ley aprobatoria de un tratado debe iniciar en el Senado de la República, pues se trata de un asunto referido a las relaciones internacionales (inciso final artículo 154 CP). Posteriormente, en la continuación del trámite debe reunir los mismos requisitos de cualquier proyecto de ley ordinaria señalados por los artículos 157, 158 y 160 de la Constitución, a saber:

- Ser publicado oficialmente por el Congreso antes de iniciar el curso en la comisión respectiva.

- Surtir los correspondientes debates en las comisiones y plenarias de las Cámaras luego de haberse discutido y aprobado las ponencias respectivas, teniendo en cuenta los quórums previstos por los artículos 145 y 146 de la Constitución.

- Observar los términos para los debates previstos por el artículo 160 de la Constitución, de ocho (8) días entre el primer y segundo debate en cada Cámara, y de quince (15) días entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra.

- Por último, haber obtenido la sanción gubernamental.

Luego, la ley aprobatoria del Tratado debe ser remitida dentro de los seis (6) días siguientes para su revisión por la Corte Constitucional.

Pues bien, dentro del expediente legislativo se observa que el día 6 de mayo de 1996, el Ejecutivo presentó al Senado, a través del Ministro de Relaciones Exteriores (E), el proyecto de ley No 266 de 1996 por la cual se aprueba la "Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado", el "Reglamento para la Aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado", firmados en la Haya el 14 de mayo de 1954. El proyecto fue publicado en la Gaceta del Congreso del 7 de mayo de 1996 y se repartió a la Comisión Segunda Constitucional del Senado[1], en donde fue aprobado el 12 de mayo de 1996, con el cumplimiento del quórum exigido por la Carta[2]. Luego, se presentó y publicó la ponencia para segundo debate en el Senado[3]. La ponencia fue aprobada en la Plenaria del Senado de la República el 30 de julio de 1996[4]. Posteriormente, el proyecto se envió a la Cámara de Representantes en donde se radicó con el número 064/96 y se publicó la ponencia para primer debate, aprobada en primer debate por la Comisión Segunda Constitucional el día 18 de septiembre de 1996[5]. Más tarde se publicó la ponencia para segundo debate[6] y el proyecto fue aprobado en la Plenaria de la Cámara el día 10 de diciembre de 1996 con la asistencia de 137 Representantes[7]. Luego, el proyecto fue debidamente sancionado como Ley 340 del 26 de diciembre de 1996, tal como consta en la copia auténtica incorporada al expediente (Folio 2). La Ley fue remitida a la Corte Constitucional para su revisión mediante comunicación de enero 14 de 1997, y fue recibida por esta Corporación el 15 de enero del año en curso. (folio 1). El envío se hizo entonces dentro de los seis días hábiles previstos por la Carta, puesto que entre el 19 de diciembre de 1996 y el 12 de enero de 1997 hubo vacancia judicial.

1Gaceta del Congreso, Año V, No. 160 del 7 de mayo de 1996. Págs. 1 y ss.

2 Ver constancia del Secretario General de la Comisión Segunda del Senado, incorporada al presente expediente, Folio 363.

3 Gaceta del Congreso, Año V, No. 239 del 18 de junio de 1996. Págs. 13 y 14.

4 Según acta 03 de la sesión ordinaria del 30 de julio de 1996, publicada en la Gaceta del Congreso, Año V, No. 314 del 5 de agosto de 1996.

5 Según Acta Nº 006 de la Comisión Segunda incorporada al presente expediente (folio 93).

6 Gaceta del Congreso, Año V, No. 542 del 28 de noviembre de 1996. Págs. 8 y 9.

7 Ver constancia respectiva del Secretario General de la Cámara de Representantes del 10 de diciembre de 1996 incorporada a este expediente (Folio 91).

El tratado fue entonces debidamente aprobado, por lo cual entra la Corte al examen de su contenido material.

Finalidad de los instrumentos bajo revisión (Preámbulo y artículo 1° de la Convención).

4- La presente ley aprueba diversos instrumentos internacionales íntimamente relacionados, a saber, de un lado, la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado, de otro lado, un Reglamento relativo a la aplicación de la citada Convención y, finalmente, un Protocolo y unas resoluciones, que amplían algunas de las obligaciones de los Estados en el tema y formulan recomendaciones a distintos órganos de las Naciones Unidas sobre la divulgación y aplicación de estas normas internacionales. Como se ve, todos estos documentos internacionales forman una unidad temática, pues constituyen instrumentos jurídicos para fortalecer la protección de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado. Es más, todos los textos fueron aprobados en una misma conferencia internacional, que se desarrolló en La Haya, entre el 21 de abril y el 14 de mayo de 1954, con base en proyectos preparados por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), institución que, como se verá en esta sentencia, tiene una papel esencial en la aplicación de estos instrumentos internacionales. Es pues razonable que estos documentos internacionales hayan sido aprobados por una misma ley, por lo cual la Corte considera que no ha habido, en manera alguna, violación de la regla de la unidad de materia

5- Estos instrumentos pretenden evitar estragos innecesarios en los conflictos armados, mediante la aplicación de normas y de mecanismos de protección, que eviten daños en los bienes culturales, los cuales son definidos en el primer artículo de la Convención. Así, según esa disposición, son bienes culturales, cualquiera que sea su origen y propietario, los bienes, muebles o inmuebles, que tengan una gran importancia para el patrimonio cultural de los pueblos, los cuales pueden ser de muy diversa índole, pues puede tratarse de monumentos arquitectónicos, obras de arte, vestigios históricos, etc. Igualmente, deben incluirse en tal categoría los edificios cuyo destino principal y efectivo sea conservar o exponer los bienes culturales antes mencionados, como podría ser un museo, una biblioteca o un archivo. También deben protegerse los llamados "centros monumentales", que son lugares que comprenden un número considerable de bienes culturales

Esta finalidad de proteger esos bienes culturales surge de una dolorosa constatación histórica, a saber, que estos objetos -que en el fondo materializan valores espirituales esenciales para el ser humano- han sufrido graves daños en los distintos conflictos armados y que, debido al perfeccionamiento de las técnicas de destrucción, se encuentran cada vez más amenazados, por lo cual resulta imperioso protegerlos, ya que, como lo señala el Preámbulo, "los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial." En ese orden de ideas, estos instrumentos establecen deberes para los actores en los conflictos armados, a fin de que no hagan de los bienes culturales objetivos militares, ni los utilicen como mecanismos para perfidamente obtener ventajas militares. De esa manera, se pretende

sustraer estos bienes culturales de la lógica misma de la guerra, a fin de que queden amparados por el derecho internacional humanitario, y pueda prohibirse su destrucción, puesto que, tal y como esta Corte ya lo ha señalado, conforme a esta normatividad, las partes enfrentadas en un conflicto bélico no pueden elegir libremente los medios de combate, ni los objetivos de sus ataques[8]. Por ello, estos instrumentos, luego de señalar las obligaciones de los Estados en relación con los bienes culturales, establecen unos mecanismos especiales para la protección de estos bienes y para el cumplimiento de las obligaciones de las partes enfrentadas en un conflicto armado.

6- La Corte considera que la finalidad de estos instrumentos internacionales armoniza claramente con la Constitución pues es una expresión de los principios y reglas propios del derecho internacional humanitario, en el sentido amplio de esta expresión[9], los cuales, conforme lo establece la Carta, deben respetarse en todo caso (CP art. 214). Por ello esta Corporación ha señalado que esas normas se encuentran integradas al bloque de constitucionalidad y condicionan la validez de la normas de inferior jerarquía. Por ende, ninguna objeción constitucional se puede hacer al contenido general de los instrumentos internacionales bajo revisión, pues la protección de los bienes culturales es un mandato connatural a los principios del derecho humanitario, tal y como esta Corte lo señaló al declarar la exequibilidad del artículo 53 del Protocolo I y del artículo 16 del Protocolo II, normas que precisamente establecen que, sin perjuicio de las disposiciones de la Convención que la Corte revisa en la presente ocasión, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar, o tomar represalias contra tales bienes[10].

Ambito de aplicación (artículos 18 y 19 de la Convención).

7- Según los artículos 18 y 19 de la Convención, sus normas no sólo se aplican en los casos de guerras internacionales sino también en los eventos de conflictos armados internos, aspecto que no suscita ningún problema de constitucionalidad puesto que, como se mostró largamente en la sentencia C-225 de 1995, relativa al Protocolo II de Ginebra, conforme a la Constitución, las partes enfrentadas en un conflicto interno se encuentran obligadas a respetar las normas humanitarias relativas a la conducción de las hostilidades y a la protección de los bienes que no tienen carácter militar. Además, esas normas no erosionan la soberanía del Estado colombiano puesto que, al igual que sucede con el Protocolo II, la aplicación de las disposiciones de la presente Convención no modifican el estatuto jurídico de las partes en conflicto, lo cual significa que los alzados en armas no adquieren el status de beligerantes por la mera aplicación de las normas humanitarias, y siguen entonces sometidos al ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado.

Las obligaciones generales de los Estados y de las partes enfrentadas (artículos 2º

8 Ver, en particular, las sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995.
9 Ver sentencia C-225 de 1995. Fundamento Jurídico No 6.
10 Ver sentencias C-574 de 1992 y C-225 de 1995. Fundamento Jurídico No 31.

a 7°, 15, 16 y 17 de la Convención, artículos 20 y 21 del Reglamento, y artículos 1° a 5° del Protocolo)

8- Las primeras disposiciones de la Convención señalan las obligaciones esenciales que los Estados adquieren en relación con los bienes culturales, las cuales no sólo operan en tiempo de hostilidades sino también se proyectan en tiempo de paz, con un carácter preventivo. Así, cuando no hay conflicto armado, el deber de los Estados es preparar la salvaguardia de los bienes culturales situados en su propio territorio contra los efectos previsibles de un conflicto armado, adoptando las medidas que se consideren apropiadas (arts 2° y 3°). Igualmente las Partes, en caso de conflicto armado, adquieren un deber de respeto (art. 4°), por lo cual deben abstenerse de utilizar sus propios bienes culturales como sistemas de protección, así como atacar los bienes culturales de los enemigos, o tomar represalias contra tales bienes. Deben igualmente los Estados evitar los robos o pillajes de tales bienes.

Esta obligación de respeto (art. 4°) constituye una clara expresión del llamado principio de distinción, que constituye una de las normas esenciales del derecho internacional humanitario, tal y como esta Corte ya lo señaló[11]. En efecto, si la guerra pretende debilitar militarmente al enemigo, no existe ninguna razón para que sean admisibles los ataques contra personas u objetos que no contribuyen al Potencial militar de las partes, por lo cual no es legítima la destrucción de los bienes culturales. En ese orden de ideas, también es lógico que queden amparados por las normas de la Convención, el personal que tiene a su cargo la custodia de tales bienes, ya que ellos no hacen parte del conflicto bélico (art. 15). Estos bienes y estas personas gozan de inmunidad ya que no pueden ser objeto de ataque militar, norma que se debe interpretar de conformidad al principio de proporcionalidad, según el cual, las partes deben en todo caso evitar los males superfluos o innecesarios, por lo cual las anteriores obligaciones de respeto a los bienes culturales, sólo pueden dejarse de cumplir cuando existan necesidades militares imperiosas.

Sin embargo, la inmunidad de los bienes culturales no legitima a ninguna de las partes a utilizarlos como escudo para su defensa, pues en tal caso, esa parte estaría incurriendo en un acto de perfidia, que se no sólo se encuentra proscrito por las reglas del derecho internacional humanitario sino que, además, pondría en amenaza la existencia misma de los bienes culturales. Finalmente, este artículo 4° de la Convención reitera que las obligaciones humanitarias no se encuentran sujetas al principio de reciprocidad, por lo cual no puede una parte sustraerse al observancia de sus obligaciones, con el argumento de que la otra no ha cumplido sus compromisos. Y es natural que así sea pues, como ya lo señaló la Corte, el derecho humanitario tiene la particularidad de que sus reglas constituyen garantías inalienables estructuradas de manera singular: se imponen obligaciones a los actores armados, en beneficio no propio sino de terceros: la población no combatiente, las víctimas de ese enfrentamiento bélico y sus bienes.

9- Los artículos 5° a 7° de la Convención detallan el alcance de esos deberes de salvaguardia y respeto. Así, se establece que en el evento de ocupación, el Estado ocupante está

11 Sentencia C-225 de 1995. Fundamentos Jurídicos No 28 y ss.

sujeto a la obligación de prestar, en la medida de lo posible, su apoyo a las autoridades competentes del territorio ocupado a fin de asegurar la salvaguardia y la conservación de los bienes culturales de ese país. El Estado ocupante está también obligado a adoptar medidas para preservar los bienes culturales situados en el territorio ocupado y dañados por operaciones militares, si la autoridad nacional competente del Estado ocupado no pudiera encargarse de esas tareas. (art. 5°).

Igualmente, y con el fin de Potenciar la protección de los bienes culturales, se establece que se podrá utilizar un emblema que facilite su identificación (art. 6°). Los artículos 16 y 17 de la Convención, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento, describen entonces en detalle el emblema para identificar los bienes culturales y el personal que lo custodia, y establecen reglas específicas para su uso, a fin de evitar que estos emblemas sean utilizados indebidamente por algunas de las partes para obtener ventajas militares.

En función del deber de salvaguardia, el artículo 7° señala además que los Estados deben introducir, en tiempo de paz, en los reglamentos de las tropas, disposiciones encaminadas a proteger los bienes culturales. Igualmente, deben los Estados establecer unidades especiales cuya misión consista en velar por el respeto a los bienes culturales y colaborar con las autoridades civiles encargadas de la salvaguarda de dichos bienes.

10- Por su parte, el Protocolo amplia los deberes de los Estados en relación con los bienes culturales, pues no sólo deben abstenerse de destruirlos, sino que tampoco es legítimo que se apropien de las riquezas culturales de su enemigo. Por ello se prohibe la exportación de bienes culturales desde territorios ocupados durante un conflicto armado (art. 1°). Las Partes se comprometen a devolver, al término de las hostilidades, a las autoridades competentes del territorio ocupado, los bienes culturales que se encuentren en el suyo, si dichos bienes han sido exportados en contravención a la prohibición de exportar bienes culturales desde territorios ocupados o fueron desplazados por razones de protección (arts 2° y 5°). El Protocolo también prohibe la apropiación o retención de bienes culturales como reparaciones de guerra. (art. 3°).

11- La Corte considera que todas las anteriores obligaciones para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado armonizan claramente con la Constitución pues, como se señaló, son una expresión del principio de distinción que gobierna el derecho internacional humanitario y, en virtud del cual las partes en conflicto deben siempre diferenciar entre combatientes y no combatientes, y entre objetivos militares y no militares, de tal manera que sus acciones no pueden afectar a aquellas personas o a aquellos bienes que no contribuyen a la dinámica de la guerra. Además, en el caso de los bienes culturales, el sustento constitucional es todavía más claro, pues la Carta señala que el Estado debe proteger las riquezas culturales y el patrimonio cultural de la Nación (CP arts 8° y 72).

Los mecanismos especiales de protección y de transporte (artículos 8° a 14 de la Convención y artículos 11 a 19 del Reglamento).

12- En caso de conflicto armado, la protección de los bienes culturales, si quiere ser efectiva, requiere de una serie de mecanismos muy específicos. Así, para que las partes no

ataquen esos bienes por error, es necesario precisar en donde se encuentran localizados, por lo cual es necesario identificarlos claramente; igualmente puede ser necesario construir refugios en donde se puedan preservar esos bienes; en determinados casos es incluso forzoso proceder a transportar esos objetos de un lugar a otro, a fin de alejarlos de los escenarios de guerra. Esto explica el contenido de numerosas disposiciones de la Convención y del Reglamento, en donde se regulan en detalle dos mecanismos especiales de protección, a fin de hacer efectivo y operativo el amparo concedido a los bienes culturales, a saber un sistema de depósito y registro, y procedimientos especiales de transporte.

Así, los artículos 8° a 11 de la Convención, en armonía con los artículos 11 a 16 del Reglamento, consagran el llamado sistema especial de protección, que consiste en la creación de un número de refugios destinados a preservar los bienes culturales muebles en caso de conflicto armado, así como los centros monumentales y otros bienes culturales inmuebles de gran importancia. Esas normas establecen los requisitos de fondo y de forma para que los bienes culturales gocen de esta especial protección, y tengan entonces una inmunidad reforzada, pues no puedan ser objeto de ataques bélicos. De un lado, se requiere que tales bienes no se encuentren muy próximos a objetivos militares, ni que sean utilizados para fines militares, por lo cual el artículo 8° de la Convención especifica cuando se considera que un centro monumental está o no siendo empleado para fines bélicos. De otro lado, la Convención establece un "Registro Internacional de Bienes Culturales bajo protección especial", a cargo de la UNESCO, en donde las partes deben inscribir los bienes culturales a fin de que se les conceda expresamente la inmunidad consagrada por la Convención. Las normas de la Convención y el Reglamento describen entonces de manera muy minuciosa cómo se deben hacer las solicitudes de registro de un bien ante la UNESCO, la manera y las razones por las cuales los otros Estados pueden oponerse a una tal solicitud, los procedimientos de arreglo en caso de discrepancias entre los Estados sobre la materia, así como el comienzo, la suspensión y la terminación de la respectiva inmunidad. Igualmente, se prevé la forma como se deben identificar en el terreno los refugios y los bienes sometidos a esta protección especial, así como la posibilidad de construir, en casos de urgencia, refugios improvisados, que podrían también recibir la protección especial prevista por la Convención.

Por su parte, los artículos 12 a 14 de la Convención, así como los artículos 17 a 19 del Reglamento, especifican la forma como se deben realizar los transportes de bienes culturales, ya sea dentro del territorio de un Estado, ya sea hacia otro Estado, a fin de que puedan gozar de inmunidad, y no sean entonces atacados por el enemigo. Así, se especifica que el transporte se debe efectuar bajo inspección internacional y con el cumplimiento de algunas formalidades, como el señalamiento de la ruta y del listado de bienes que serán desplazados. Sin embargo se admite que en determinadas situaciones de urgencia, puedan realizarse transportes de emergencia, que en principio también gozan de protección contra actos hostiles.

13- La Corte encuentra que estos mecanismos especiales de protección y transporte en manera alguna violan la Constitución, puesto que son simplemente instrumentos para lograr una salvaguardia efectiva de los bienes culturales en las situaciones de conflicto armados. Además, las exigencias que se establecen a los Estados son razonables, pues de no ser cum-

plidas, las necesidades de la guerra harían muy difícil asegurar la inmunidad de los bienes culturales. En efecto, no es posible olvidar que el derecho internacional humanitario, que parte del doloroso reconocimiento de la existencia de conflictos bélicos, busca un difícil equilibrio entre la lógica de la guerra y las razones humanitarias, por lo cual la protección de los bienes culturales debe hacerse dentro del marco de las propias necesidades de la guerra, así como los operativos bélicos deben adelantarse dentro de los espacios normativos delimitados por el derechos humanitario.

Los problemas de aplicación: mecanismos internacionales de mediación y de verificación (artículos 20 a 24, y 26 y 27 de la Convención, y artículos 10 a 10 del Reglamento).

14- Uno de los problemas esenciales del derecho humanitario es el de su aplicación, pues tales normas no pueden ser simplemente postulados teóricos sino que deben efectivamente limitar los estragos innecesarios de la guerra. Por ello es natural que la Convención y el Reglamento prevean y regulen en detalle una serie de mecanismos destinados a lograr el mayor respeto posible de las normas de protección a los bienes culturales

De un lado, se establece que las partes en conflicto pueden concertar acuerdos especiales sobre puntos que les parezcan pertinentes, y que permitan así una mejor protección de los bienes culturales

De otro lado, la Convención y el Reglamento prevén la existencia de las llamadas "Potencias protectoras" destinadas a salvaguardar los intereses de las partes en conflicto. Como se sabe, el concepto de Potencias protectoras es una categoría clásica del derecho humanitario pues se encuentra asociada a las Convenciones de Ginebra de 1949 y al Protocolo I, sobre todo en relación con el cuidado de los prisioneros de guerra, puesto que en principio se trata de Estados neutrales encargados de velar por el respeto de los derechos de los cautivos. De manera más genérica, se entiende entonces por Potencia protectora un Estado que no es parte en un conflicto armado y que, habiendo sido designado por una parte en el conflicto y aceptado por la parte adversa, desempeña funciones mediadoras y de supervisión a fin de que se logre el mayor cumplimiento de las normas humanitarias[12]. Debido a la dificultad para que a veces se logre la intervención de un Potencia protectora aceptada por las partes enfrentadas, las normas humanitarias también prevén que determinados organismos internacionales puedan asumir el papel asignado en principio a estas Potencias protectoras. Así, el artículo 5° del Protocolo I de Ginebra señala que esa función puede ser cumplida por el Comité Internacional de la Cruz Roja o por cualquier otra organización que presente las mismas garantías de imparcialidad y eficacia.

Dentro de esa tradición propia del derecho humanitario, las normas bajo revisión confieren un papel esencial a las Potencias protectoras, o a sus sustitutos, pues su cooperación es considerada un elemento determinante para la propia aplicación de las normas de defensa de los bienes culturales, así como para labores de mediación entre las partes enfrentadas.

---

12 Sobre la regulación de las funciones de las Potencias protectoras, ver los artículos 2° y 5° del Protocolo I

Finalmente, la Convención y el Reglamento crean mecanismos específicos y establecen responsabilidades particulares para la UNESCO, en las labores de aplicación de las normas previstas en la Convención. Así, los Estados pueden recurrir a la UNESCO para organizar la protección de sus bienes culturales o en relación con cualquier otro problema derivado del cumplimiento de la Convención. Igualmente se prevé que esta entidad reciba y divulgue los informes de los Estados sobre el cumplimiento de la Convención y que, si es el caso, convoque a reuniones internacionales para estudiar los problemas relativos a la interpretación o a la aplicación de estos textos, así como para la formulación de las recomendaciones pertinentes a ese propósito. Además, se consagra la existencia de una "Comisario General de Bienes Culturales", que debe ser elegido por las partes enfrentadas de una lista de personalidades internacionales elaborada por la UNESCO, y que tiene a su cargo esencialmente labores de verificación del cumplimiento de la Convención, para lo cual puede a su vez nombrar inspectores de bienes culturales encargados de llevar a cabo misiones específicas.

15- La Corte no encuentra ninguna objeción a la existencia de tales mecanismos, puesto que son instrumentos adecuados para que efectivamente se logre una verdadera protección de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado, que es la finalidad de la Convención. Además, en anteriores oportunidades, esta Corporación ya había tenido la oportunidad de mostrar que los acuerdos especiales de derecho humanitario, los mecanismos internacionales de verificación del cumplimiento de las normas humanitarias, como la llamada Comisión Internacional de Encuesta prevista por el artículo 90 del Protocolo I, la institución de las Potencias protectoras y sus sustitutos, y la existencia de instancias de mediación entre las partes enfrentadas en un conflicto bélico, se ajustan perfectamente a la Carta y son aplicables también en los conflictos armados internos que se desarrollen en el territorio colombiano[13]. En efecto, esos mecanismos, como se mostró largamente en esas sentencias, no sólo no representan un riesgo para la soberanía del Estado colombiano, sino que, además, las gestiones de estas entidades puede ser fundamental para que el derecho internacional humanitario tenga eficacia práctica y no simplemente una validez normativa. En efecto, la experiencia internacional enseña que la participación de estas instituciones en tareas de verificación sobre el cumplimiento efectivo de las normas humanitarias puede Potenciar no sólo la humanización de los conflictos armados sino también favorecer la búsqueda de la paz.

Deber de divulgar y sancionar las infracciones (artículos 25 y 28).

16- El artículo 25 de la Convención establece el deber de los Estados de difundir lo más ampliamente posible en sus respectivos países, tanto en tiempo de paz como durante los conflictos armados, el texto de la presente Convención y del Reglamento para su aplicación. En especial, se señala que ese deber es más imperioso en los programas de instrucción militar, y de ser posible, en los de instrucción cívica, de tal modo que los principios puedan ser

13 Sentencia C-574 de 1992. MP Ciro Angarita Barón. Consideración de la Corte E. Sentencia C-225 de 1995. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamentos Jurídicos No 17 y 18.

conocidos por el conjunto de la población, y en particular por las fuerzas armadas y el personal adscrito a la protección de los bienes culturales.

La Corte considera que esta norma es no sólo perfectamente compatible con la Constitución sino de vital importancia, por cuanto el conocimiento del derecho internacional humanitario es un requisito esencial para su respeto por las partes enfrentadas. Por ello, y tal y como esta Corte ya lo señaló[14], no sólo este tratado sino todos los convenios de derechos humanitario confieren especial trascendencia a la labor de divulgación de las normas humanitarias, no sólo entre las partes enfrentadas sino también entre la población civil, para que esta última conozca sus derechos frente al conflicto armado. Además, en la medida en que las normas humanitarias hacen parte del bloque de constitucionalidad, se debe entender no sólo que el Estado debe divulgarlas sino que su estudio es obligatorio en las instituciones educativas (CP art. 41). En particular, la Corte encuentra indispensable el conocimiento por parte de los miembros de la Fuerza Pública de las normas humanitarias, no sólo por ser ellos naturales destinatarios de esta normatividad sino, además, porque la propia Constitución señala que se les deberá impartir la enseñanza de los derechos humanos (CP art. 222).

17- Por su parte, el artículo 28 de la Convención señala que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para descubrir y castigar con sanciones penales o disciplinarias a las personas que hubieren cometido u ordenado que se cometa una infracción de la presente Convención. La Corte no encuentra ninguna objeción a esa norma, pues si el derecho humanitario hace parte del bloque de constitucionalidad, resulta natural que el ordenamiento prevea distintos tipos de sanciones para aquellas personas que violan sus mandatos.

Disposiciones instrumentales (Artículos 29 a 40 de la Convención y artículos 7° a 15 del Protocolo).

18- Como es usual, diversas normas de la Convención y el Protocolo consagran reglas instrumentales para la adopción y ejecución de esos tratados. Así, la Convención señala cuáles son las lenguas oficiales (art. 29), los procedimientos de firma, ratificación y adhesión (arts 30 a 32), su entrada en vigor (art. 33), la aplicación de sus disposiciones a los Estados partes y a sus territorios (arts 34 y 35), la relación con tratados precedentes (art. 36), las formas de registro y depósito, y los mecanismos de denuncia y de reforma del texto de la convención y de su reglamento de aplicación (arts 37 a 40). Igualmente, el Protocolo establece los mecanismos de firma, ratificación y adhesión (arts 6° a 9°), el momento de entrada en vigor (art. 10), la aplicación de sus disposiciones a los Estados partes y a sus territorios (arts 11 y 12), así como las formas de registro y depósito, y los mecanismos de denuncia y de reforma del contenido del Protocolo (arts 13 a 15) La Corte no encuentra ninguna objeción a esas disposiciones pues ellas armonizan con los principios que en esta materia rigen en el derecho internacional y que han sido aceptados por Colombia (CP art. 9°).

La constitucionalidad de la Ley 340 de 1996.

14 Sentencia C-225 de 1995. MP Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fundamento Jurídico No 44

19- Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, se ajustan a la Carta y serán entonces declarados exequible. En ese mismo orden de ideas, esta Corporación considera que es igualmente constitucional la Ley 340 de 1996 bajo revisión, la cual se limita a aprobar el texto de estos instrumentos internacionales (art. 1°) y a señalar que sus normas sólo obligarán al país cuando se perfeccione el respectivo vínculo internacional (art. 2°), lo cual concuerda perfectamente con los principios generales del derecho de los tratados (CP art. 9°).

VI. 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 **EXEQUIBLES** la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954).

Segundo: Declarar **EXEQUIBLE** la Ley No 340 del 26 de diciembre de 1996, "por medio de la cual se aprueban la "Convención para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", el "Reglamento para la aplicación de la Convención" y el "Protocolo para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado", firmados en La Haya el 14 de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954)".

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. C-468
septiembre 25 de 1997

CONVENIOS DE ORGANIZACION INTERNACIONAL-DEL TRABAJO- Naturaleza

Los convenios son auténticas normas de derecho internacional que vinculan jurídicamente a los Estados.Los convenios buscan la ratificación de los Estados miembros a fin de que éstos adquieran compromisos internacionales. Es cierto que esa ratificación es sui generis en el derecho internacional, en tanto no se realiza de acuerdo con las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino que se efectúa por medio de una comunicación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la aprobación interna del convenio. Sin embargo, esa ratificación tiene el mismo efecto que la de cualquier otro tratado, y es que el Estado respectivo asume obligaciones en el plano internacional. En otros términos, estas normas internacionales nacen abiertas a la ratificación, y como tal están destinadas a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican.

RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Naturaleza y control constitucional

Las recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no son normas sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni a la revisión previa y automática por la Corte Constitucional, por lo cual la esta Corporación deberá inhibirse de conocer su contenido material. En efecto, en relación con la revisión automática de los convenios de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que "si bien es cierto que tales actos no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias"[1]. En cambio, las recomendaciones de la OIT, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solamente deben someterse a control cuando están en relación conexa e inescindible con los convenios[2], en razón a que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta apli-

---

1 Sentencia C-562 de 1992. M.P. Dr. Jaime Sanin Greiffestein. Sobre el tema también puede consultarse la sentencia T-147 de 1994. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

2 Sentencias C-049 de 1994 M.P: Dr.. Antonio Barrera Carbonell y C-280 de 1997. M.P: Dr.. Hernando Herrera Vergara.

cación de la respectiva recomendación.

LEY APROBATORIA DE TRATADO-Naturaleza del control constitucional

La Carta de 1991 diseñó el control constitucional previo de los tratados internacionales como un mecanismo que permite garantizar al mismo tiempo la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales por el Estado colombiano. Así, el control constitucional previo se ubica en un sistema de relaciones de coordinación entre los órganos públicos, pues impulsa el proceso de perfeccionamiento de los instrumentos internacionales, los cuales habiendo cumplido las fases de negociación, adopción, confirmación presidencial del texto celebrado por el delegado plenipotenciario, aprobación por parte del Congreso y sanción presidencial, buscan preservar la supremacía de la Constitución, sobre la base de que todos los tratados internacionales tienen vocación para producir efectos jurídicos vinculantes para los Estados que lo ratifican.

LEY APROBATORIA DE TRATADO-Características del control constitucional

Este control constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; es automático, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban" (C.P. art. 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición sine qua non para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional.

LEY APROBATORIA DE TRATADO-Finalidad

Estas leyes pretenden exclusivamente permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que la aprobación por medio de una ley de un tratado es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente. Por consiguiente, a través de este tipo de leyes se perfeccionan situaciones jurídicas con una consecuencia jurídica clara: la posibilidad de que el Ejecutivo ratifique el tratado y se generen para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional. Así mismo, las leyes aprobatorias de tratados son normas especiales que regulan materias específicas, pues sus objetivos están señalados expresamente en la Constitución.

LEY APROBATORIA DE TRATADO-Límites del legislador

El Legislador goza de una libertad menor que en relación con las leyes ordinarias, en la medida en que no puede modificar su contenido sustancial introduciendo nuevas cláusulas, pues sólo puede improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas. Pero, más

importante aún, y por las anteriores razones, estas leyes ocupan un lugar particular en el ordenamiento, ya que no pueden ser derogadas por una ley posterior, ni pueden ser sometidas a un referendo derogatorio (C.P. art. 170), pues es necesario asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por parte del Estado colombiano.

LEY APROBATORIA DE TRATADO-Sólo puede contener tratado

No sólo los tratados deben ser aprobados mediante una ley aprobatoria de tratados sino que, además, tales leyes, sólo pueden contener tratados, y no instrumentos jurídicos de otra naturaleza, salvo en los casos en que se trate de normas que se encuentran inescindiblemente ligadas a un tratado aprobado por la ley bajo revisión. Esto significa que el Congreso no puede utilizar la forma jurídica especial de la ley aprobatoria de tratados para regular otros temas, pues el Legislador no es totalmente libre de escoger el tipo de leyes para configurar el derecho interno, por cuanto la Constitución predetermina el contenido de ciertas formas jurídicas.

PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Improcedencia/**RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACION-INTERNACIONAL DEL TRABAJO**-Forma de cumplimiento del gobierno

Se podría sostener que en el presente caso es legítimo invocar el principio de conservación del derecho y mantener las recomendaciones en el ordenamiento, para lo cual basta que la Corte señale que la Ley 347 del 16 de enero de 1997 es una ley ordinaria. Según este argumento, el propio Gobierno, al presentar el proyecto de aprobación de las recomendaciones, estuvo consciente de la especificidad de las recomendaciones, y de que éstas no estaban sujetas a una ratificación internacional. Así, en su momento, el Ministro de Relaciones Exteriores precisó que las "recomendaciones no están sujetas al procedimiento de ratificación"[3]. Sin embargo la Corte considera que ese argumento no es de recibo, pues si bien el Ministro hizo esa precisión, lo cierto es que el proyecto se tramitó como una ley aprobatoria de un tratado, con lo cual se limitó el propio debate legislativo pues, debido a que el Gobierno escogió esa forma legal, el Congreso no podía introducir modificaciones en el texto de las recomendaciones. Además, y por las razones señaladas anteriormente, el lenguaje mismo de las recomendaciones no es verdaderamente normativo sino simplemente exhortativo, con lo cual no es claro cuál es la obra legislativa que se podría conservar. Por ello, si el Gobierno pretende cumplir sus compromisos con la OIT, y desarrollar en el plano interno las recomendaciones de esa entidad, debe proceder a estructurar en claras normas jurídicas, y en las formas legales adecuadas, las mencionadas recomendaciones.

· Referencia: Expediente No. L.A.T.-097

Revisión constitucional de la Ley 347 de 1997. "Por medio de la cual se aprueban las

3 Ver la correspondiente exposición de motivos en Gaceta del Congreso del 1° de septiembre de 1995. Año4. No 268, p 23.

"Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador", adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo."

Temas:
Naturaleza del control constitucional y efectos jurídicos de la ley aprobatoria de tratado.
Las leyes aprobatorias de tratados sólo pueden aprobar tratados .
Diferencia entre los Convenios y las Recomendaciones de la OIT.

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

De la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República se recibió fotocopia auténtica de la Ley 347 del 16 de enero de 1997, por medio de la cual se aprueban las "Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador", adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, proceso que fue radicado con el N° L.A.T.-097. Cumplidos, como están, los trá-

mites 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. TEXTO DE LA NORMA REVISADA

El texto de la Ley 347 de 1997, es el siguiente:

"EL CONGRESO DE COLOMBIA

Visto el texto de las "Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador", adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 171

Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 7 de junio de 1985 en su septuagésima primera reunión;

Teniendo en cuenta que la protección de los trabajadores contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo constituye una de las tareas asignadas a la Organización Internacional del Trabajo por su Constitución;

Recordando los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo en la materia, y en especial la Recomendación sobre la protección de la salud de los trabajadores, 1953; la Recomendación sobre los servicios de medicina del trabajo, 1959; el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971, y el Convenio y la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981, que establecen los principios de una política nacional y de una acción a nivel nacional; y la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a los servicios de salud en el trabajo, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dicha proposiciones revistan la forma de una recomendación que complete el Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985,

adopta, con fecha veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cinco, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985:

1. Principios de una política nacional

1. De conformidad con las condiciones y la práctica nacionales y en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, cuando existan, todo Miembro debería formular, aplicar y reexaminar periódicamente una política nacional coherente sobre servicios de salud en el trabajo, incluidos los principios generales de sus funciones, de su organización y de su funcionamiento.

2. 1) Todo Miembro debería establecer progresivamente servicios de salud en el trabajo para todos los trabajadores, incluidos los del sector público y los miembros de las cooperativas de producción, en todas las ramas de actividad económica y en todas las empresas. Las disposiciones adoptadas deberían ser adecuadas y apropiadas a los riesgos específicos para la salud que prevalece en las empresas.

2) En la medida en que ello sea necesario y prácticamente realizable, deberían adoptarse también disposiciones para facilitar a los trabajadores independientes una protección análoga a la prevista en el Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985, y en la presente Recomendación.

II Funciones

3. La función de los servicios de salud en el trabajo debería ser esencialmente preventiva.

4. Los servicios de salud en el trabajo deberían establecer un programa de actividades adaptado a la empresa o a las empresas a las que sirven, principalmente en función de los riesgos profesionales que se presentan en los lugares de trabajo y de los problemas específicos que se plantean en las respectivas ramas de actividad económica.

A. Vigilancia del medio ambiente de trabajo

5. 1.) La vigilancia del medio ambiente de trabajo debería comprender:

a) la identificación y evaluación de los factores del medio ambiente de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores;

b) la evaluación de las condiciones de higiene de trabajo y de los factores de la organización del trabajo que puedan engendrar riesgos para la salud de los trabajadores;

c) la evaluación de los medios de protección colectiva e individual;

d) la evaluación, cuando sea apropiado, de la exposición de los trabajadores a los agentes nocivos, mediante métodos de control válido y generalmente aceptados;

e) la verificación de los sistemas de control, destinados a eliminar o reducir la exposición.

2) Dicha vigilancia deberían llevarse a cabo en relación con los demás servicios técnicos de la empresa y con la cooperación de los trabajadores interesados y de sus representantes en la empresa o del comité de seguridad e higiene, cuando existan.

6. 1) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, los datos resultantes de la vigilancia del lugar de trabajo deberían consignarse en forma apropiada y mantenerse a disposición del empleador, de los trabajadores y de sus representantes en la empresa o del comité de seguridad e higiene, cuando existan.

2) Tales datos debería utilizarse respetando su carácter confidencial, y solamente para orientar y dar asesoramiento acerca de las medidas destinadas a mejorar el medio ambiente de trabajo y la salud y seguridad de los trabajadores.

3) La autoridad competente debería tener acceso a estos datos, los cuales sólo debería comunicar el servicio de salud en el trabajo a terceros previo acuerdo del empleador, de los trabajadores y de sus representantes en la empresa o del comité seguridad e higiene, si los hubiere.

7. La vigilancia del medio ambiente de trabajo debería comprender las visitas del personal de servicios de salud en el trabajo que sean necesarias para examinar los factores del medio ambiente de trabajo susceptible de afectar a la salud de los trabajadores, a la salubridad del medio ambiente de trabajo y a las condiciones de trabajo.

8. Los servicios de salud en el trabajo deberían:

a) efectuar, cuando sea necesario, la vigilancia de la exposición de los trabajadores a riesgos especiales para la salud;

b) supervisar las instalaciones sanitarias y otras instalaciones puesta a disposición de los trabajadores por el empleador, tales como suministro de agua potable, cantinas y alojamientos;

c) asesorar acerca de las posibles incidencias, de la utilización de tecnologías en la salud de los trabajadores;

d) participar y asesorar en la selección de los equipos necesarios para la protección individual de los trabajadores contra los riesgos profesionales;

e) colaborar en el análisis de los puestos de trabajo y en el estudio de la organización

del trabajo y de los métodos de trabajo, a fin de garantizar una mejor adaptación del trabajo a los trabajadores;

f) participar en los análisis de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, y en los programas de prevención de accidentes.

9. El personal que preste servicios de salud en el trabajo debería, después de haber informado al empleador, a los trabajadores y a sus representantes, cuando sea apropiado:

a) tener libre acceso a todos los lugares de trabajo y a las instalaciones que la empresa facilita a los trabajadores;

b) tener acceso a las informaciones sobre métodos, normas de trabajo, productos, materias y substancias utilizados o cuya utilización esté prevista, bajo reserva de que se preserve el secreto de toda información de índole confidencial que se recabe y que no concierna a la salud de los trabajadores;

c) poder tomar muestras, con fines de análisis, de los productos, materias y substancias utilizados o manipulados.

10. Debería consultarse a los servicios de salud en el trabajo sobre cualquier cambio previsto en materia de métodos y condiciones de trabajo susceptible de tener algún efecto sobre la salud o la seguridad de los trabajadores.

B. Vigilancia de la salud de los trabajadores

II. 1) La vigilancia de la salud de los trabajadores debería abarcar, en los casos y según las condiciones que defina la autoridad competente, todas las evaluaciones necesarias para proteger la salud de los trabajadores, que puedan incluir:

a) Una evaluación de la salud de los trabajadores antes de que se les asignen tareas específicas que puedan entrañar un peligro para su salud o para la de los demás;

b) evaluaciones de la salud a intervalos periódicos durante todo empleo que implique una exposición a riesgos particulares para la salud;

c) una evaluación de la salud de los trabajadores que reanudan el trabajo tras una ausencia prolongada por motivos d salud, con la finalidad de descubrir sus eventuales orígenes profesionales, de recomendar una acción apropiada para proteger a los trabajadores y de determinar la adaptabilidad de los trabajadores a sus tareas y la necesidad de una reclasificación y de una readaptación;

d) evaluaciones de la salud al terminar y después de terminar asignaciones a puestos de trabajo que entrañen riesgos susceptibles de provocar perjuicios ulteriores para su salud o de contribuir a tales perjuicios.

2) Deberían adoptarse disposiciones para protege la intimidad de los trabajadores y pro-

curar que la vigilancia de su salud no sea utilizada con fines discriminatorios ni de ninguna otra manera perjudicial para sus intereses.

12. 1) Cuando los trabajadores estén expuestos a riesgos profesionales específicos, la vigilancia de su estado de salud debería comprender, cuando corresponda, además de los exámenes de salud previstos en el párrafo 11 de la presente Recomendación, todos los exámenes e investigaciones necesarios para detectar los niveles de exposición y las reacciones y los efectos biológicos precoces.

2) Cuando exista un método válido y generalmente aceptado de vigilancia biológica de la salud de los trabajadores para la detección precoz de los efectos sobre la salud de la exposición a riesgos profesionales específicos, podrá utilizarse dicho método para identificar a los trabajadores que requieren un examen médico detenido, sujeto al consentimiento individual del trabajador.

13. Los servicios de salud en el trabajo deberían ser informados de los casos de enfermedad entre los trabajadores y de las ausencias del trabajo por razones de salud, a fin de poder identificar cualquier relación entre las causas de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo. El personal encargado de los servicios de salud en el trabajo no debería ser obligado por los empleadores a verificar las razones de la ausencia del trabajo.

14. 1) Los servicios de salud en el trabajo deberían consignar los datos relativos a la salud de los trabajadores en expedientes de salud personales y confidenciales. Dichos expedientes deberían también conocer informaciones acerca de las tareas que hayan realizado los trabajadores, de su exposición a los riesgos profesionales inherentes a su trabajo y de los resultados de toda evaluación de la exposición de los trabajadores a tales riesgos.

2) El personal que preste servicios de salud en el trabajo sólo debería tener acceso a los expedientes de salud si la información contenida en ellos tiene relación con el cumplimiento de sus funciones. Cuando los expedientes contengan información personal de carácter médico confidencial, este acceso debe limitarse al personal médico.

3) Los datos personales relativos a la evaluación del estado de salud sólo deberían comunicarse a terceros previo consentimiento del trabajador, debidamente informado.

15. La legislación nacional, la autoridad competente o la práctica nacional basada en pautas de ética reconocidas deberían prescribir las condiciones y el período de conservación de los expedientes personales de salud, las condiciones relativas a la transmisión y comunicación de tales expedientes, y las medidas necesarias para preservar su carácter confidencial, en particular cuando las informaciones que contienen se hallen registradas en una computadora.

16 1) Al término de un examen médico prescrito para determinar la aptitud de un trabajador para un puesto de trabajo que entraña exposición a un riesgo determinado, el médico que lo haya realizado debería comunicar sus conclusiones por escrito al trabajador y al

empleador.

2) Esta comunicación no debería contener indicación alguna de índole médica; según los casos, podría indicar que el trabajador es apto para el puesto de trabajo previsto o bien especificar los tipos de trabajo y las condiciones de trabajo que le estén contraindicados, temporal o permanentemente, desde el punto de vista médico.

17. Cuando el mantenimiento de un trabajador en un puesto de trabajo esté contraindicado por motivos de salud, los servicios de salud en el trabajo deberían colaborar en los esfuerzos destinados a encontrarle otra colocación en la empresa u otra solución apropiada.

18. Cuando la vigilancia de la salud haya permitido detectar una enfermedad profesional, ésta debería notificarse a la autoridad competente de conformidad con la legislación y la práctica nacionales. El empleador, los trabajadores y sus representantes deberían ser informados de que se ha efectuado dicha notificación.

C. Información, educación, formación, asesoramiento

19. Los servicios de salud en el trabajo deberían participar en la elaboración y aplicación de programas de información y de educación y de formación, destinados al personal de la empresa, sobre cuestiones de salud e higiene relacionadas con el trabajo.

20. Los servicios de salud en el trabajo deberían participar en la información y el perfeccionamiento periódico del personal de primeros auxilios y en la formación gradual y continuada de todo el personal de la empresa que contribuye a la seguridad y a la salud en el trabajo.

21. A fin de fomentar la adaptación del trabajo a los trabajadores y el mejoramiento de las condiciones y medio ambiente de trabajo, los servicios de salud en el trabajo deberían asumir la función de asesores del empleador, de los trabajadores y de sus representantes en la empresa y del comité de seguridad e higiene, cuando existan, acerca de los problemas de salud, de higiene del trabajo y de ergonomía, y deberían colaborar con los organismos que actúan ya como asesores en esta esfera.

22. 1) Todo trabajador debería ser informado, de manera conveniente y adecuada, de los riesgos para la salud que entraña su trabajo, de los resultados de los exámenes de salud de que haya sido objeto y de la evaluación de su estado de salud.

2) Todo trabajador tendrá el derecho de que se corrija cualquier dato que sea erróneo o que pueda inducir en error.

3) Los servicios de salud en el trabajo deberían además asesorar individualmente a los trabajadores acerca de su salud en relación con su trabajo.

D. Primeros auxilios, tratamientos y programas de salud

23. Habida cuenta de la legislación y la práctica nacionales, los servicios de salud en el trabajo en las empresas deberían proporcionar los primeros auxilios y la atención de urgencia a los trabajadores víctimas de accidentes o de indisposición en el lugar de trabajo, y colaborar en la organización de la administración de primero auxilios.

24. Habida cuenta de la organización de la medicina preventiva a nivel nacional, los servicios de salud en el trabajo podrían, cuando sea posible y apropiado:

a) proceder a inmunizaciones en relación con los riesgos biológicos que se presentan en el lugar de trabajo;

b) participar en campañas de protección de la salud;

c) colaborar con las autoridades sanitarias en el marco de programas de salud pública.

25. Habida cuenta de la legislación y la práctica nacionales y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, cuando existan, la autoridad competente, si fuere necesario, debería autorizar a los servicios de salud en el trabajo, de acuerdo con todos los interesados, incluidos el propio trabajador y su médico de cabecera, o un servicio de cuidados primarios de la salud, cuando se aplicable, a asumir una o varias de las funciones siguientes, o a participar en ellas:

a) el tratamiento de los trabajadores que no hayan interrumpido su trabajo o que se hayan reintegrado al mismo tras una ausencia;

b) el tratamiento de las víctimas de accidentes del trabajo;

c) el tratamiento de las enfermedades profesionales y de las afecciones agravadas por el trabajo;

d) los aspectos médicos de la reeducación y readaptación profesionales.

26. Habida cuenta de la legislación y la práctica nacionales en materia de organización de la atención de salud y del alejamiento de los centros que la dispensan, los servicios de salud en el trabajo podrían desplegar otras actividades relacionadas con la salud, incluida la asistencia médica curativa a los trabajadores y a sus familias, en la forma que permita la autoridad competente en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores más representativas, cuando existan.

27. Los servicios de salud en el trabajo deberían cooperar con los demás servicios interesados en la elaboración de planes de urgencia para hacer frente a accidentes importantes.

E. Otras funciones

28. Los servicios de salud en el trabajo deberían analizar los resultados de la vigilancia de la salud de los trabajadores y del medio ambiente de trabajo y los resultados de la vigi-

lancia biológica y de la vigilancia continua individual de la exposición de los trabajadores a determinados riesgos profesionales, cuando éstos existan, a fin de evaluar las posibles relaciones entre la exposición a los riesgos profesionales y los perjuicios para la salud, y de proponer medidas encaminadas a mejorar las condiciones y el medio ambiente de trabajo.

29. Los servicios de salud en el trabajo deberían elaborar planes y, a intervalos apropiados, informes sobre sus actividades y las condiciones de salud en la empresa. Estos planes e informes deberían ponerse a disposición del empleador y de los representantes de los trabajadores en la empresa o a la del comité de seguridad e higiene, cuando existan y la autoridad competente debería tener acceso a los mismos.

30. 1) En la medida de sus recursos, los servicios de salud en el trabajo, en consulta con los representantes de los empleadores y de los trabajadores, deberían contribuir a la investigación, participando en estudios o encuestas efectuados a nivel de la empresa o de la rama de actividad económica, por ejemplo, con objetos de reunir información epidemiológica y orientar sus actividades.

2) Los resultados de las mediciones realizadas en la vigilancia del medio ambiente de trabajo y los resultados de las evaluaciones de salud de los trabajadores podrán ser utilizados con fines de investigación, bajo reserva de las disposiciones de los párrafos 6, 3); 11, 2), y 14, 3), de la presente recomendación.

31. Los servicios de salud en el trabajo deberían participar con otros servicios de la empresa, cuando así convenga, en las medidas encaminadas a impedir que las actividades de ésta causen perjuicio al medio ambiente general.

III. Organización

32. En la medida de lo posible, los servicios de salud en el trabajo deberían estar situados en el lugar de trabajo o en las proximidades de éste, o bien estar organizados de forma que se garantice el desempeño de sus funciones en el lugar de trabajo.

33.1) Los empleadores, los trabajadores y sus representantes, si los hubiere, deberán cooperar y participar en la aplicación de medidas relativas a la organización y demás aspectos de los servicios de salud en el trabajo sobre una base equitativa.

2) De conformidad con las condiciones y la práctica nacionales, los empleadores y los trabajadores, o sus representantes en la empresa, o el comité de seguridad e higiene, cuando existan, deberían participar en las decisiones sobre organización y funcionamiento de estos servicios, incluidas las relativas al empleo del personal y a la planificación de los programas del servicio.

34. 1) Los servicios de salud en el trabajo pueden organizarse, según los casos, como servicios para una sola empresa o como servicios comunes a varias empresas.

2) De conformidad con las condiciones y la prácticas nacionales, los servicios de salud

en el trabajo pueden ser organizados por:

a) las empresas o grupos de empresas interesados;

b) los poderes públicos o los servicios oficiales;

c) las instituciones de seguridad social;

d) cualquier otro organismo habilitado por la autoridad competente;

e) una combinación de cualquiera de las fórmulas anteriores.

3) La autoridad competente debería precisar las circunstancias en las que, cuando no se hubieren organizado servicios de salud en el trabajo, los servicios adecuados existentes podrían ser reconocidos provisionalmente como organismos habilitados en el sentido del subpárrafo 2). *d) supra.*

35. En los casos en que la autoridad competente, tras consultar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores representativas interesadas, cuando existan, determine que el establecimiento de un servicio de salud en el trabajo o el acceso a tal servicio es prácticamente imposible, las empresas deberían, con carácter provisional y tras consultar a los representantes de los trabajadores en la empresa o al comité de seguridad e higiene, cuando existan, concluir un acuerdo con un servicio médico de la localidad para proceder a los exámenes de salud prescritos por la legislación nacional, controlar las condiciones sanitarias existentes en la empresa y velar por que los primeros auxilios y la atención de urgencias estén organizados de forma apropiada.

IV. Condiciones de funcionamiento

36. 1) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, los servicios de salud en el trabajo deberían estar formados por equipos multidisciplinarios constituidos en función de la índole de las tareas que deban ejecutarse.

2.Los servicios de salud en el trabajo deberían disponer de personal técnico en número suficiente, con formación especializada y experiencia en esferas tales como la medicina del trabajo, la higiene del trabajo, la ergonomía, los cuidados de enfermería del trabajo y otras cuestiones conexas. Este personal debería, en la máxima medida posible, mantener al corriente de los progresos en los conocimientos científicos y técnicos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y tener la posibilidad de hacerlo sin pérdida alguna de ingresos.

3) Los servicios de salud en el trabajo deberían, además, disponer del personal administrativo necesario para su funcionamiento.

37 1) Se debería salvaguardar la independencia profesional del personal que presta servicios en materia de salud en el trabajo, de conformidad con la práctica y la legislación

nacionales. Esto podría llevarse a cabo mediante leyes, reglamentos y consultas apropiadas entre el empleador, los trabajadores y sus representantes y los comités d seguridad e higiene, si los hubiere.

2) La autoridad competente debería especificar, cuando proceda, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las condiciones relativas a la contratación y a la terminación del empleo del personal de los servicios de salud en el trabajo, en consulta con las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores interesadas.

38) A reserva de las excepciones que prevean las leyes y los reglamentos nacionales, todo el personal de un servicio de salud en el trabajo debería estar obligado a guardar el secreto profesional sobre los datos médicos y técnicos que pueda llegar a conocer en razón de sus funciones y de las actividades del servicio.

39 1) La autoridad competente pueda prescribir normas relativas a los locales y al equipo necesario para el funcionamiento de los servicios de salud en el trabajo.

2) Los servicios de salud en el trabajo deberían disponer de instalaciones adecuadas para efectuar los análisis y pruebas necesarios para la vigilancia de la salud de los trabajadores y la salubridad del medio ambiente de trabajo.

40. 1) Dentro del marco de un enfoque multidisciplinarios, los servicios de salud en el trabajo deberían colaborar con:

a) los servicios que se ocupan de la seguridad de los trabajadores en la empresa;

b) los distintos servicios o unidades de producción, para ayudarlos a formular y a aplicar programas preventivas convenientes;

c) el departamento de personal de la empresa y los demás servicios interesados;

d) los representantes de los trabajadores en la empresa, como asimismo sus representantes de seguridad y el comité de seguridad e higiene, si los hubiere.

2) Cuando sea apropiado, los servicios de salud en el trabajo y los servicios de seguridad en el trabajo podrían organizarse conjuntamente.

41. Además. Los servicios de salud en el trabajo deberían mantener contactos, cuando sea necesario, con los servicios y organismos exteriores a la empresa que se ocupan de cuestiones relativas a la salud, a la higiene, a la seguridad, a la readaptación, al readiestramiento y reclasificación profesionales y a las condiciones de trabajo y de bienestar de los trabajadores, así como con los servicios de inspección y el organismo nacional que haya sido designado para participar en el Sistema internacional de alerta para la seguridad y la salud de los trabajadores establecido en el marco de la Organización Internacional del Trabajo.

42. La persona encargada de un servicio de salud en el trabajo debería poder, de confor-

midad con las disposiciones del párrafo 38, consultar a la autoridad competente, tras haber informado de ello al empleador y a los representantes de los trabajadores en la empresa o al comité de seguridad e higiene, si los hubiere, acerca de la aplicación de las normas de seguridad e higiene del trabajo en la empresa.

43. Los servicios de salud en el trabajo de toda empresa nacional o multinacional que cuente con más de un establecimiento deberían prestar el nivel máximo de servicios, sin discriminaciones, a los trabajadores de todos sus establecimientos, cualquiera que sea el lugar o país en qué estén situados.

V. Disposiciones generales

44. 1) En el marco de su responsabilidad por la seguridad y la salud de los trabajadores que emplean, los empleadores deberían adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las funciones de los servicios de salud en el trabajo.

2) Los trabajadores y sus organizaciones deberían aportar su apoyo a los servicios de salud en el trabajo para el cumplimiento de sus funciones.

45. Las prestaciones relacionadas con la salud en el trabajo dispensadas por los servicios de salud en el trabajo deberían ser totalmente gratuitas para los trabajadores.

46. Cuando los servicios de salud en el trabajo hayan sido establecidos y sus funciones fijadas por la legislación nacional, ésta debería determinar también la forma de financiar tales servicios.

47. A los efectos de la presente recomendaciones, la expresión "representantes de los trabajadores en la empresa" designa a las personas reconocidas como tales por la legislación o la práctica nacionales.

48. La presente recomendación, que completa el convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985, reemplaza a la recomendación sobre los servicios de medicina del trabajo, 1959.

El suscrito jefe de la oficina jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores
Hace constar:

Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá, D.C. a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 172

Recomendación sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo

Convocada en Ginebra por el Conejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad el 4 de junio de 1986 en su septuagésima segunda reunión;

Recordando los convenios y recomendaciones internacionales del trabajo pertinentes, especialmente el Convenio y la Recomendación sobre el cáncer profesional, 1974; el Convenio y la Recomendación sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977; el Convenio y la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; el Convenio y la Recomendación sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985, y la Lista de enfermedades profesionales, tal como fue revisada en 1980, anexa al Convenio sobre las prestaciones en caso de acciones del trabajo y enfermedades profesionales, 1964, *así como el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la seguridad en la utilización del amianto,* publicado por la Oficina Internacional del Trabajo en 1984, que establecen los principios de una política nacional y de una acción a nivel nacional;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la seguridad en la utilización del asbesto, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión;

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complete el Convenio sobre el asbesto, 1986.

Adopta, con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y seis, la presente recomendación, que podría ser citada como la recomendación sobre el asbesto, 1986.

I. Campo de aplicación y definiciones

1. 1) Las disposiciones del Convenio sobre el asbesto, 1986, y de la presente recomendación deberían aplicarse a todas las actividades en las que los trabajadores estén expuestos al asbesto en el curso de su trabajo.

2) De conformidad con la legislación y práctica nacionales, deberían tomarse medidas para que los trabajadores independientes gocen de una protección análoga a la que prevén el Convenio sobre el asbesto, 1986, y la presente recomendación.

3) El empleo de personas menores de dieciocho años de edad en actividades que entrañen un riesgo de exposiciones profesional al asbesto debería ser objeto de atención especial, según lo prescrito por la autoridad competente.

2. Entre las actividades que entrañen un riesgo de exposiciones profesional al asbesto deberían incluirse, en particular:

a) la extracción y la trituración de los minerales que contengan asbesto;

b) la fabricación de materiales o productos que contengan asbesto;

c) la utilización o aplicación de productos que contengan asbesto;

d) el desprendimiento, la reparación o el mantenimiento de los productos que contengan asbesto;

e) la demolición o reparación de instalaciones o de estructuras que contengan asbesto;

f) el transporte, el almacenamiento y la manipulación del asbesto o de materiales que contengan asbesto;

g) cualesquiera otras actividades que entrañen un riesgo de exposición a polvos de asbestos en suspensión en el aire.

3. A los fines de la presente Recomendación:

a) el término "asbesto" designa la forma fibrosa de los silicatos minerales pertenecientes a los grupos de rocas metamórficas de las serpentinas, es decir, el crisotilo (asbesto blanco), y de las anfibolitas, es decir, la actinolita, la amosita (asbesto pardo, cummingtonita-grunerita), la antofilita, la crocidolita (asbesto azul), la tremolita, o cualquier mezcla que contenga uno o varios de estos minerales;

b) la expresión "polvo de asbesto" designa las partículas de asbesto en suspensión en el aire o las partículas de asbesto depositadas que puedan desplazarse y permanecer en suspensión en el aire en los lugares de trabajo;

c) la expresión "polvo de asbesto en suspensión en el aire" designa, con fines de medición, las partículas de polvo medidas por evaluación gravimétrica u otro método equivalente;

d) la expresión "fibras de asbesto respirables" designa las fibras de asbesto cuyo diámetro sea inferior a tres micras y cuya relación entre longitud y diámetro sea superior a 3: 1; en la medición, solamente se tomarán en cuenta exclusivamente las fibras de longitud superior a cinco micras;

e) la expresión "exposición al asbesto" designa una exposición en el trabajo a las fibras de asbestos respirables o al polvo de asbesto en suspensión en el aire, originada por el asbesto o por minerales, materiales o productos que contengan asbesto;

f) el término "trabajadores" abarca a los miembros de cooperativas de producción;

g) la expresión "representantes de los trabajadores" designa los representantes de los trabajadores reconocidos como tales por la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971.

II. Principios generales

4. Las medidas prescritas conforme al artículo 3 del Convenio sobre el asbesto, 1986, deberían estar concebidas de modo que se apliquen a los diversos riesgos de exposición profesional al asbesto en todas las ramas de actividad económica y deberían formularse tomando debidamente en cuenta los artículos 1 y 2 del Convenio sobre el cáncer profesional, 1974.

5. La autoridad competente debería revisar periódicamente las medidas prescritas teniendo en cuenta el *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre seguridad en la utilización del amianto,* publicado por la Oficina Internacional del Trabajo, otros repertorios de recomendaciones prácticas o guías puede pueda elaborar la Oficina Internacional del Trabajo, las conclusiones de las reuniones de expertos que convoque ésta y las informaciones que proporcionen otros organismos competentes sobre el asbesto y los materiales que puedan sustituirlo.

6. A los efectos de la aplicación de las disposiciones de la presente recomendación, la autoridad competente debería actuar previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

7. 1) En consulta y colaboración con los trabajadores interesados o sus organizaciones, y habida cuenta de las opiniones de organismos competentes, incluidos los servicios de salud en el trabajo, los empleadores deberían recurrir a todas las medidas que sean adecuadas a fin de prevenir o controlar la exposición al asbesto.

2) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, la consulta y la cooperación entre el empleador y sus trabajadores deberían llevarse a cabo por conducto de:

a) los delegados de seguridad de los trabajadores;

b) los comités de seguridad e higiene de los trabajadores o los comités paritarios representantes de los trabajadores;

c) otros representantes de los trabajadores.

8. Los trabajadores ocupados en labores en las que se utilice asbesto o productos que contengan asbesto deberían estar obligados, dentro de los límites de su responsabilidad, a aplicar los procedimientos de seguridad e higiene prescritos y, en particular, a utilizar equipos de protección adecuados.

9. 1) Todo trabajador que se retire de una situación de trabajo por tener motivos razonables para creer que tal situación entraña un peligro grave para su vida o su salud debería:

a) advertir a su superior jerárquico inmediato;

b) estar protegido contra medidas de represalias o disciplinarias, de conformidad con las condiciones y la práctica nacionales.

2) No debería tomarse ninguna medida en perjuicio de un trabajador por haber formulado de buena fe una queja por lo que consideraba ser una infracción a las disposiciones reglamentarias o una deficiencia grave en las medidas tomadas por el empleador en el campo de la seguridad y la salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo.

III Medidas de prevención y de protección

10 1) La autoridad competente debería asegurar la prevención o el control de la exposición al asbesto prescribiendo controles técnicos y métodos de trabajo, incluidas medidas de higiene en los lugares de trabajo, que proporcionen la máxima protección a los trabajadores.

2) Sobre la base del nivel de exposición y las circunstancias prevalecientes en el medio ambiente de trabajo y a la luz de la investigación científica y el progreso tecnológico, la autoridad competente debería determinar periódicamente:

a) los tipos de asbesto y los tipos de productos que contengan asbesto cuya utilización debería estar sometida a autorización y los procesos de trabajo que deberían estar sometidos a autorización;

b) los tipos de asbesto y productos que contengan asbesto cuya utilización debería estar total o parcialmente prohibida y los procesos de trabajo en que debería prohibirse la utilización del asbesto o de ciertos tipos de asbesto y productos que contengan asbestos.

3) La prohibición o autorización de la utilización de determinados tipos de asbesto o de ciertos productos que contengan asbesto y su sustitución por otras sustancias deberían basarse en una evaluación científica del riesgo que entrañan para la salud.

11. 1) La autoridad competente debería fomentar la investigación de los problemas técnicos y de salud relacionados con la exposición al asbesto, los materiales de sustitución y las tecnologías alternativas.

2) Con objeto de eliminar o reducir los riesgos para los trabajadores, la autoridad competente debería fomentar la investigación y desarrollo relativos a productos que contengan asbesto, a otros materiales de sustitución y a tecnologías alternativas que sean inofensivos o menos nocivos.

12 1) Cuando sea necesario para proteger a los trabajadores, la autoridad competente debería exigir el reemplazo del asbesto por materiales de sustitución toda vez que esto sea

posible.

2) No debería aceptarse el uso de materiales de sustitución en cualquier proceso sin proceder a una evaluación minuciosa de sus posibles efectos nocivos para la salud. La salud de los trabajadores expuestos a tales efectos debería supervisarse continuamente.

13. 1) A fin de asegurar la aplicación efectiva de la legislación nacional, la autoridad competente debería determinar las informaciones que habrán de contener las notificaciones de los trabajos que entrañen exposición al asbesto, previstas en el artículo 13 del Convenio sobre el asbesto, 1986.

2) Estas informaciones deberían incluir, en particular, las siguientes:

a) tipo y cantidad de asbesto utilizado;

b) actividades y procesos realizados;

c) productos elaborados;

d) número de trabajadores expuestos y nivel y frecuencia de su experiencia al riesgo;

e) medidas de protección y de prevención adoptadas en cumplimiento d la legislación nacional;

f) cualquier otra información necesaria para proteger la salud de los trabajadores.

14. 1) En el caso de demolición de las partes de las instalaciones o estructuras que contengan materiales aislantes friables a base de asbesto y la eliminación del asbesto de los edificios o construcciones, cuando hay riesgo de que el asbesto pueda entrar en suspensión en el aire, estas obras deberían estar sometidas a una autorización que sólo se deberían conceder a los empleadores o contratistas reconocidos por la autoridad competente como calificados para ejecutar tales obras, conforme a las disposiciones de la presente recomendación.

2) Antes de emprender los trabajos de demolición o remoción, el empleador o el contratista deberían elaborar un plan de trabajo en el que se especifiquen las medidas que habrán de tomarse antes de comenzar las obras, inclusive las destinadas a:

a) proporcionar toda la protección necesaria a los trabajadores:

b) limitar el desprendimiento de polvo de asbesto en el aire;

c) hacer conocer los procedimientos generales y el equipo que se utilizarán, así como las precauciones que habrán de adoptarse, a los trabajadores a los que pueda afectar la presencia de polvo de asbesto en el aire;

d) prever la eliminación de residuos que contengan asbesto, de conformidad con el

párrafo 28 de la presente recomendación.

3) Debería consultarse a los trabajadores o sus representantes sobre el plan de trabajo a que se refiere el subpárrafo 2) del presente párrafo.

15. 1) Todo empleador debería elaborar y poner en práctica, con la participación de los trabajadores de su empresa, un programa para la prevención y el control de la exposición de los trabajadores al asbesto. Este programa debería revisarse periódicamente habida cuenta de la evolución registrada en los procesos de trabajo y en la maquinaria utilizada, o en las técnicas y métodos de prevención y control.

2) De conformidad con la práctica nacional, la autoridad competente debería emprender actividades de asistencia, en particular a las pequeñas empresas en que pueda haber insuficiencia de conocimientos o medios técnicos con miras a elaborar programas de prevención en los casos en que pueda haber exposición al asbesto.

16. Deberían adoptarse dispositivos de prevención técnicos y prácticas de trabajo adecuadas para impedir el desprendimiento de polvo de asbesto en la atmósfera de los lugares d trabajo. Tales medidas deberían tomarse incluso en los casos en que se respeten los límites de exposición u otros criterios de evaluación a fin de reducir la exposición al nivel más bajo que sea razonable y factible lograr.

17. Entre las medidas que deberían tomarse a fin de prevenir o de controlar la exposición de los trabajadores al asbesto y de evitar cualquier exposición deberían incluirse, en particular, las siguientes:

a) sólo debería utilizarse el asbesto cuando sea posible prevenir o controlar los riesgos que entraña; en caso contrario debería reemplazárselo, si ello es técnicamente factible, por otros materiales o recurrirse a tecnologías alternativas que hayan sido reconocidos científicamente como inofensivos o menos nocivos;

b) tanto el número de personas cuyo trabajo entrañe una exposición al asbesto como la duración de su exposición deberían reducirse al mínimo necesario para realizar la tares con seguridad;

c) debería utilizarse maquinaria, equipo y procesos de trabajo que eliminen o reduzcan al mínimo la formación de polvo de asbesto y, sobre todo, su desprendimiento en los lugares de trabajo y en el medio ambiente general;

d) los lugares de trabajo en los que la utilización de asbesto pueda dar lugar al desprendimiento de polvo de asbesto en el aire deberían estar aislados del medio ambiente de trabajo en general, con el fin de evitar toda posible exposición de otros trabajadores al asbesto;

e) las zonas de actividad que impliquen una exposición al asbesto deberían estar claramente delimitadas e indicadas por medio de señales de advertencia que impidan el acce-

so de las personas no autorizadas;

f) debería consignarse por escrito la localización del asbesto utilizado en la construcción de edificios.

18 1) Debería prohibirse la utilización de la cricodolita y de los productos que contengan esa fibra.

2) Previa consulta de las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, la autoridad competente debería estar facultada para permitir excepciones a la prohibición prevista en el subpárrafo 1), cuando la sustitución no sea razonable y factible, siempre que se tomen medidas para garantizar que la salud de los trabajadores no corra riesgo alguno.

19 1) Debería prohibirse la pulverización del asbesto, cualquiera que sea su forma.

2) Debería prohibirse la instalación de materiales friables aislantes de asbesto.

3) Previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores interesados, la autoridad competente debería estar facultada para permitir excepciones a la prohibición que figura en el subpárrafo 1) cuando no sea razonable ni factible recurrir a métodos alternativos, siempre que se adopten medidas para asegurar que la salud de los trabajadores no corra riesgo.

20. 1) Los productores y los proveedores de asbesto y los fabricantes y los proveedores de productos que contengan asbesto deberían tener la responsabilidad de rotular debida y suficientemente los embalajes o productos.

2) La legislación nacional debería estipular que los rótulos se impriman en el idioma o idiomas de uso común en el país de que se trata e indiquen que el recipiente o producto contiene asbesto, que la inhalación de polvo de asbesto entraña riesgo para la salud y que deberían tomarse medidas de protección adecuadas.

3) La legislación nacional debería exigir a los productores y proveedores de asbesto y a los fabricantes y proveedores de productos que contengan asbesto que preparen y proporcionen una ficha técnica informativa en la que se indiquen el contenido de asbesto, los riesgos que entraña para la salud y las medidas de protección adecuadas.

21. El sistema de inspección previsto en el artículo 5 del Convenio sobre el asbesto, 1968, debería basarse en las disposiciones del Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947. La inspección debería estar a cargo de personal calificado. El empleador debería facilitar a los servicios de inspección las informaciones a que se refiere el párrafo 13 de la presente recomendación.

22. 1) Los límites de exposición deberían fijarse por referencia a la concentración de polvo de asbesto en suspensión en el aire, ponderada en el tiempo, comúnmente referida a una jornada de ocho horas y a una semana de cuarenta horas, y por referencia a un método

reconocido de muestreo y medición.

2) Los límites de exposición deberían revisarse y actualizar periódicamente a la luz del progreso tecnológico y de la evolución de los conocimientos técnicos y médicos.

23. Las instalaciones, sistemas de ventilación, maquinaria y dispositivos de protección concebidos para prevenir y controlar los efectos del polvo de asbesto deberían revisarse periódicamente y mantenerse en buen estado de funcionamiento.

24. Los lugares de trabajo deberían limpiarse según métodos que garanticen la seguridad, con la frecuencia requerida para impedir la acumulación de polvo de asbesto en las superficies. Las disposiciones del Convenio sobre el asbesto 1986, y de la presente recomendación deberían aplicarse al personal encargado de la limpieza.

25 1) Cuando no sea posible prevenir o controlar de otra forma los riesgos debidos al asbesto en suspensión en el aire, el empleador debería proporcionar, mantener y en caso necesario reemplazar, sin que ello suponga gasto alguno para los trabajadores, un equipo de protección respiratoria adecuado y ropa de protección especial, cuando corresponda. En tales casos, debería exigirse a los trabajadores que utilicen dicho equipo.

2) El equipo de protección respiratoria debería ser conforme a las normas fijadas por la autoridad competente y utilizarse solamente con carácter complementario, temporal, de emergencia o excepcional y nunca en sustitución del control técnico.

3)En los casos en que se requiera utilizar equipo de protección respiratoria deberían preverse tiempos de descanso suficientes en zonas de reposo apropiadas, habida cuenta de las molestias físicas que entraña la utilización de ese equipo.

26 1) Cuando el polvo de asbesto pueda contaminar la ropa personal de los trabajadores, debería proporcionar ropa de trabajo adecuada, que no debería llevarse fuera del lugar de trabajo, sin que ello suponga gasto alguno para los trabajadores.

2) El empleador debería proporcionar a los trabajadores información suficiente y en debida forma sobre los riesgos que pudiera entrañar para la salud de su familia y de otras personas si llevan a sus casas ropas contaminadas por el polvo de asbesto.

3) La manipulación y la limpieza de la ropa de trabajo y de la ropa de protección especial utilizada deberían realizarse en condiciones sujetas a control de conformidad con lo establecido por la autoridad competente, a fin de impedir el desprendimiento de polvo de asbesto en el aire.

27. 1) Cuando ello sea necesario, deberían ponerse a disposición de los trabajadores ocupados en actividades que entrañan exposición al asbesto vestuarios dobles, instalaciones de aseo, duchas y zonas de descanso.

2) De conformidad con las prácticas nacionales en vigor, debería concederse suficiente

tiempo, dentro del horario de trabajo, para cambiarse de ropa, ducharse o lavarse después del turno de trabajo.

28. 1) De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, el empleador debería eliminar los residuos que contengan asbesto de manera que no se produzca ningún riesgo para la salud de los trabajadores interesados, incluidos los que manipulan residuos de asbesto, ni de la población vecina a la empresa.

2) Deberían tomarse medidas apropiadas por la autoridad competente y por los empleadores para evitar que el ambiente general sea contaminado por polvos de asbesto provenientes de los lugares de trabajo.

IV. Vigilancia del medio ambiente de trabajo y de la salud de los trabajadores

29. En los casos que determine la autoridad competente, el empleador debería tomar las medidas necesarias para la vigilancia sistemática de la concentración de polvo de asbesto en suspensión en el aire del lugar de trabajo y de la duración y nivel de exposición de los trabajadores al asbesto, así como para la vigilancia de la salud de los trabajadores.

30. 1) El nivel de exposición de los trabajadores al asbesto debería medirse o calcularse en términos de concentraciones medias ponderadas en el tiempo para determinado período de referencia.

2) El muestreo y la medición de la concentración de polvo de asbesto en suspensión en el aire deberían realizarse por personal calificado, utilizando métodos aprobados por la autoridad competente.

3) La frecuencia e importancia del muestreo y de las mediciones deberían guardar relación con el nivel de riesgo, con los cambios introducidos en los procesos de trabajo y con otras circunstancias pertinentes.

4) Al evaluar el riesgo, la autoridad competente debería tomar en consideración el riesgo que entrañan las fibras de asbesto de cualquier tamaño.

31. 1) Para la prevención de las enfermedades y de las insuficiencias funcionales provocadas por la exposición al asbesto, todos los trabajadores que hayan de desempeñar un trabajo que entrañe exposición al asbesto deberían beneficiarse, en la medida en que sea necesario, de:

a) un reconocimiento médico previo al desempeño de ese trabajo;

b) reconocimientos médicos periódicos a intervalos adecuados;

c) otras pruebas e investigaciones, en especial radiografías del tórax y exámenes del funcionamiento de los pulmones, que puedan ser necesarias para vigilar su estado de salud en relación con el riesgo profesional y para identificar los síntomas precoces de una enfer-

medad causada por el asbesto.

2) Los intervalos entre los reconocimientos médicos deberían ser fijados por la autoridad competente, teniendo en cuenta el nivel de exposición y la edad y el estado de salud del trabajador en relación con el riesgo profesional.

3) La autoridad competente debería velar por que se tomen las disposiciones necesarias, de conformidad con la legislación y práctica nacionales, para que los trabajadores puedan seguir sometiéndose a los reconocimientos médicos adecuados tras cesar de desempeñar un trabajo que entrañe exposición al asbesto.

4) Los reconocimientos, pruebas e investigaciones previstos en los subpárrafos 1) y 3) deberían realizarse, en la medida de lo posible, durante las horas de trabajo, y no deberían significar gasto alguno para el trabajador.

5) Cuando los resultados de las pruebas o investigaciones médicas revelen la existencia de efectos de carácter clínico o preclínico, deberían tomarse medidas para reducir o eliminar la exposición de los trabajadores interesados y evitar un deterioro mayor de su salud.

6) Los resultados de los reconocimientos médicos deberían utilizarse para determinar el estado de salud en relación con la exposición al asbesto y no deberían utilizarse para discriminar en contra del trabajador.

7) Los resultados de los reconocimientos médicos deberían utilizarse para colocar al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su estado d salud.

8) Los trabajadores cuyo estado de salud se halle sometido a vigilancia deberían tener derecho:

a) al respecto del carácter confidencial de su expediente personal y médico;

b) a recibir explicaciones completas y de dudas sobre los objetivos y los resultados de la vigilancia;

c) a negarse a que se los someta a métodos clínicos que puedan atentar contra su integridad física.

32. Los trabajadores deberían ser informados en grado suficiente y de manera adecuada, de conformidad con la práctica nacional de los resultados de los reconocimientos médicos y recibir asesoramiento individual acerca de su estado de salud en relación con el trabajo que deban realizar.

33. Cuando la vigilancia de la salud haya permitido detectar una enfermedad profesional causada por el asbesto, ésta debería notificarse a la autoridad competente de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

34. Cuando no sea aconsejable desde el punto de vista médico la asignación permanente a un trabajo que entraña exposición al asbesto, debería hacerse todo lo posible para proporcionar al trabajador afectado otros medios de mantener sus ingresos, compatibles con la práctica y las condiciones nacionales.

35. La legislación nacional debería establecer prestaciones para los trabajadores que contraigan una enfermedad o sufran un menoscabo funcional relacionado con la exposición profesional al asbesto, de conformidad con el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. 1964.

36. 1) Los registros del control del medio ambiente de trabajo deberían conservarse durante un período no inferior a treinta años.

2) Los registros de control de la exposición de los trabajadores, así como aquellas partes de su historial médico que hagan referencia a los riesgos para la salud debidos a la exposición al asbesto y las radiografías del tórax, deberían conservarse durante un período no inferior a treinta años después de terminadas las tareas que entrañen exposición al asbesto.

37. Los trabajadores interesados, sus representantes y los servicios de inspección deberían tener acceso a los registros del control del medio ambiente d trabajo.

38. En el caso de cierre de una empresa, o tras la terminación del contrato de un trabajador , los registros y la información conservados de acuerdo con el párrafo 36 de la presente recomendación deberían depositarse conforme a las instrucciones que dicte la autoridad competente.

39. De conformidad con la declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, adoptada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, toda empresa nacional o multinacional que cuenta con más de un establecimiento debería tomar, sin discriminación, medidas de seguridad para prevenir y controlar los riesgos para la salud debidos a la exposición profesional al asbesto, a fin d proteger a los trabajadores contra esos riesgos en todos sus establecimientos, cualquiera que sea el lugar o el país en que se encuentren.

V. Información y educación

40. La autoridad competente debería tomar medidas para fomentar la formación e información de todas las personas a quienes conciernan la prevención y el control de los riesgos que entraña para la salud la exposición profesional al asbesto y la protección contra tales riesgos.

41. En consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, la autoridad competente debería elaborar guías didácticas apropiadas para empleadores, trabajadores y otras personas.

42. El empleador debería velar por que todo trabajador que pueda estar expuesto al

asbesto reciba periódicamente, sin gasto alguno para él, en un idioma y de una manera que le resulten fácilmente comprensibles, formación e instrucciones sobre los efectos para la salud que tiene dicha exposición, sobre las medidas que deben tomarse para prevenir y controlar la exposición al asbesto y, en particular, sobre los métodos de trabajo correctos que permitan prevenir y controlar la formación y el desprendimiento de polvo de asbesto en el aire y sobre el uso de los equipos de protección colectiva e individual puestos a disposición de los trabajadores.

43. Las medidas educativas deberían llamar la atención sobre el riesgo especial que supone el hábito de fumar para la salud de los trabajadores expuestos al asbesto.

44. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores deberían tomar medidas concretas para contribuir y colaborar en la ejecución de programas de formación, prevención, control y protección relativos a los riesgos profesionales causados por la exposición al asbesto.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 173
Recomendación sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 24 de septiembre de 1987 en su septuagésima cuarta reunión;

Recordando las disposiciones de la Recomendación sobre las condiciones de estada de la gente de mar en los puertos, 1936, y de la recomendación sobre el bienestar de la gente de mar, 1970;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas sobre el bienestar de la gente de

mar en el mar y en puerto, cuestión que constituye el segundo punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas propuestas revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre el bienestar de la gente de mar, 1987.

Adopta, con fecha ocho de octubre de mil novecientos ochenta y siete, la presente recomendación, que podrá ser citada como la recomendación sobre el bienestar de la gente de mar, 1987:

1. Generalidades

a) la expresión "gente de mar" o "marinos" designa a todas las personas empleadas, con cualquier cargo, a bordo de un buque dedicado a la navegación marítima, de propiedad pública o privada, que no sea un buque de guerra;

b) la expresión "medios y servicios de bienestar" designa medios y servicios de bienestar, culturales, recreativos y de información.

2. En la medida en que lo considere factible, previa consulta con las organizaciones representativas de armadores de barcos de pesca y de pescadores, la autoridad competente debería aplicar las disposiciones de la presente Recomendación a la pesca marítima comercial.

3. 1) Los Miembros deberían adoptar medidas para garantizar que se faciliten medios y servicios de bienestar adecuados a la gente de mar, tanto en puerto como a bordo de los buques, y que se les dispense una protección adecuada en el ejercicio de su profesión.

2) En la aplicación de estas medidas, los miembros deberían tener en cuenta las necesidades especiales de la gente de mar en materia de seguridad, salud y esparcimiento, particularmente cuando se halle en el extranjero o penetre en zonas de guerra.

4. Entre las medidas adoptadas para controlar los medios y servicios de bienestar debería figurar la participación de las organizaciones representativas de armadores y de gente de mar.

5. Los medios y servicios de bienestar facilitados en virtud de la presente recomendación deberían ser accesibles a todos los marinos, sin distinción de nacionalidad, raza, color, sexo, religión, opinión, política u origen social e independientemente dl Estado en que esté matriculado el buque a bordo del cual estén empleados.

6. Los Miembros deberían cooperar entre sí con miras a promover el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto. Esta cooperación debería incluir las medidas siguientes:

a) realizar consultas entre las autoridades competentes con miras a facilitar o mejorar

los medios y servicios de bienestar para la gente de mar, tanto en los puertos como a bordo de buques;

b) concluir acuerdos para aunar recursos en un fondo común y facilitar conjuntamente medios de bienestar en los grandes puertos, a fin de evitar duplicaciones inútiles de esfuerzos;

c) organizar competiciones deportivas internacionales y alentar a la gente de mar a participar en actividades deportivas;

d) organizar seminarios internacionales sobre el tema del bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto.

II. Medios y servicios de bienestar en los puertos

7. 1) Los Miembros deberían facilitar o asegurar que se facilitan los medios y servicios de bienestar necesarios en los puertos apropiados del país.

2) Los Miembros deberían consultar a las organizaciones representativas de armadores y de gente de mar al determinar los puertos apropiados.

3) Los medios y servicios de bienestar deberían revisarse con frecuencia a fin de asegurar que son apropiados, habida cuenta de la evolución de las necesidades de la gente de mar como consecuencia de avances técnicos, funcionales o de otra índole registrados en la industria del transporte marítimo.

8. 1) Los medios y servicios de bienestar deberían estar a cargo, de conformidad con las condiciones y la prácticas nacionales, de una o varias de las instituciones siguiente:

a) las autoridades públicas;

b) las organizaciones de armadores y de gente de mar, en virtud de convenios colectivos o de otros acuerdos concertados;

c) organizaciones benévolas.

2) Deberían tomarse disposiciones para que, en la medida necesaria, se empiece a tiempo completo personal técnicamente competente, además de los posibles colaboradores benévolos, en la gestión de los medios y servicios de bienestar para la gente de mar.

9 1) Deberían crearse juntas de bienestar en el ámbito del puerto o en el plano regional o nacional, según proceda, con la siguientes funciones:

a) verificar si los medios de bienestar existentes siguen siendo adecuados y determinar si conviene crear otros o suprimir los que son subutilizados;

b) ayudar y asesorar a los responsables de facilitar medios de bienestar y asegurar la

coordinación entre ellos.

2) Las juntas de bienestar deberían contar entre sus miembros a representantes de las organizaciones respectivas de armadores y de gente de mar, de las autoridades competentes y, si procede, de organizaciones benévolas y organismos sociales.

3) Cuando sea oportuno, debería asociarse a los cónsules de Estados marítimos y a los representantes locales de organizaciones de bienestar extranjeras a la labor de las juntas de bienestar portuarios, regionales y nacionales de conformidad con la legislación nacional.

10. 1) Los miembros deberían velar por que se preste un apoyo financiero regular y suficiente a los medios y servicios de bienestar destinados a la gente de mar.

2) De conformidad con las condiciones y la práctica nacionales, este apoyo financiero debería proceder de una o varias de las fuentes siguientes:

a) subvenciones de fondos públicos;

b) tasas u otras contribuciones especiales abonadas por círculos marítimos;

c) cotizaciones voluntarias de los armadores, de la gente de mar o de sus organizaciones;

d) aportaciones voluntarias de otras fuentes.

3) Cuando se prevean tasas, exacciones y contribuciones especiales para financiar servicios de bienestar, sólo deberían utilizarse para los fines con que se crearon.

11. Debería haber hoteles o albergues adecuados para la gente de mar donde haya necesidad de ellos. Dichos hoteles o albergues deberían someterse a controles apropiados de ellos. Dichos hoteles o albergues deberían someterse a controles apropiados, los precios deberían ser razonables y, cuando fuere necesario y factible, deberían tomarse disposiciones para alojar a las familias de los marinos.

12 1) Deberían crearse o desarrollarse los medios de bienestar y recreativos necesarios en los puertos. Entre estos medios deberían incluirse:

a) salas de reunión y de recreo, según las necesidades;

b) instalaciones deportivas y otras instalaciones al aire libre, en particular para competiciones;

c) medios educativos;

d) cuando proceda, medios para la práctica religiosa y para el asesoramiento personal.

2) Estos servicios pueden facilitarse poniendo a disposición de la gente de mar, en consonancia con sus necesidades, instalaciones previstas para una utilización más general.

13) Cuando un gran número de marinos de diferentes nacionalidades necesiten en un puerto determinados servicios, tales como hoteles, clubes o instalaciones deportivas, las autoridades u organismos competentes de los países de origen de los marinos y de los países de matrícula de los buques, así como las asociaciones internacionales interesadas, deberían proceder a consultas y cooperar mutuamente y con las autoridades y organismos competentes del país donde está situado el puerto, al objeto de aunar recursos y de evitar duplicaciones inútiles de esfuerzos.

14 1) Debería difundirse información entre la gente de mar sobre todos los medios existentes a disposición del público en los puertos de escala -en particular medios de transporte, servicios sociales, educativos y de esparcimiento y lugares de culto- y sobre los servicios destinados específicamente a la gente de mar.

2) Esta información podría divulgarse:

a) distribuyendo en tierra y, con el consentimiento del capitán, también a bordo del buque folletos publicados en los idiomas más apropiados que contengan informaciones precisas sobre los medios y servicios de bienestar que la gente de mar puede encontrar en el puerto donde esté anclado el buque o en el próximo puerto donde haga escala; dichos folletos deberían incluir un plano de la ciudad y de la zona portuaria;

b) creando en los grandes puertos oficinas de información fácilmente accesibles a la gente de mar y dotadas de un personal capaz de facilitar directamente toda clase de explicaciones y de orientaciones útiles.

15. Debería disponerse de medios de transporte adecuados, a precios módicos y a cualquier hora razonable, cuando ello sea necesario, para que la gente de mar pueda desplazarse a las zonas urbanas desde puntos convenientemente situados en la zona portuaria.

16. Deberían tomarse todas las medidas convenientes para informar a todos los marinos que llegan a un puerto de:

a) todos los riesgos y enfermedades a los que puedan estar expuestos y los medios para evitarlos;

b) la necesidad, para los marinos enfermos, de someterse rápidamente a cuidados médicos, y de los servicios médicos más próximos existentes para ello;

c) los peligros que entraña el uso de estupefacientes y del alcohol.

17. Deberían tomarse medidas para garantizar a la gente de mar, durante su estancia en puerto, el acceso a:

a) tratamiento ambulatorio en caso de enfermedad o accidente;

b) hospitalización, cuando sea necesaria;

c) servicios de odontología, sobre todo en casos de urgencia.

18. Las autoridades competentes deberían tomar todas las medidas convenientes para informar a los armadores y a la gente de mar que llegue a un puerto de todas las leyes y costumbres especiales cuya infracción pueda entrañar su privación de libertad.

19. Las autoridades competentes deberían dotar las zonas portuarias y las carreteras de acceso a los puertos de alumbrado suficiente y de carteles indicadores, y ordenar que se efectúen en ellas patrullas regulares a fin de garantizar la protección de la gente de mar.

20. 1) Con miras a la protección de los marinos extranjeros, deberían tomarse medidas para facilitar;

a) el acceso a los cónsules de sus países;

b) una cooperación eficaz entre dichos cónsules y las autoridades locales o nacionales.

2) Siempre que por un motivo cualquiera un marino sea detenido en el territorio de un Miembro, la autoridad competente, si así lo pide el interesado, debería informar inmediatamente de ello al Estado cuya bandera enarbola el buque y al Estado del cual el marino es nacional. La autoridad competente debería informar prontamente al marino del derecho a presentar dicha petición. El Estado del cual el marino es nacional debería informar a su vez a sus parientes más cercanos. Si un marino es en ?????, el Miembro debería permitir que funcionarios consulares de esos ????? puedan entrevistarse inmediatamente con él y sigan visitándole regularmente mientras permanezca encarcelado.

3) El proceso de un marino detenido debería iniciarse sin demora con arreglo al procedimiento estipulado por la ley, y tanto el Estado cuya bandera enarbola el buque como el Estado del cual el marino es nacional deberían ser mantenidos al corriente de la evolución del proceso.

21 1) Debería prestarse la máxima asistencia práctica posible a los marinos abandonados en puertos extranjeros, en espera de su repatriación.

2) En caso de demora en la repatriación de marinos, la autoridad competente debería velar por que se informe de ello inmediatamente al representante consular o local del Estado cuya bandera enarbola el buque.

22. Siempre que sea necesario, los Miembros deberían tomar medidas para garantizar la seguridad de la gente de mar contra agresiones y otros actos ilegales mientras los buques se hallan en sus aguas territoriales y, especialmente, mientras se aproximan a puertos.

III. Medios y servicios de bienestar en el mar

23. 1) Deberían facilitarse medios e instalaciones de bienestar a la gente de mar a bordo de los buques. En cuanto sea factible debería incluirse entre dichos medios e instalaciones:

a) la recepción de programas de televisión y de radio;

b) la proyección de películas o de videos, cuyo surtido debería ser adecuado para la duración del viaje y, en caso necesario, renovarse a intervalos razonables;

c) equipos deportivos, incluidos aparatos de ejercicios físicos, juegos de mesa y juegos de cubierta;

d) siempre que sea posible, instalaciones para la natación;

e) una biblioteca con obras de carácter profesional y de otra índole, en cantidad suficiente para la duración del viaje y cuyo contenido debería renovarse a intervalos razonables;

f) medios para realizar trabajos manuales de tipo recreativos.

2) Siempre que sea posible y apropiado debería examinarse la posibilidad de instalar bares para la gente de mar a bordo de los buques, a menos que ello sea contrario a las costumbres nacionales, religiosas o sociales.

24. En los programas de formación profesional para gente de mar debería impartirse enseñarse y proporcionarse información sobre cuestiones relativas a su bienestar, incluidos los riesgos generales a que está expuesta su salud.

25 1) Debería autorizarse el acceso a las comunicaciones telefónicas entre el buque y tierra, cuando las haya, y el precio para los marinos de estas comunicaciones debería ser razonable.

2) No deberían regatearse esfuerzos para hacer llegar del modo más rápido y seguro posible el correo a la gente de mar. También debería procurarse que la gente de mar no tenga que pagar un franqueo suplementario cuando se le reexpida el correo por causas ajenas a su voluntad.

26 1) A reserva de lo que disponga las leyes o reglamentos nacionales o internacionales en la materia deberían tomarse medidas para que, siempre que sea posible y razonable, se conceda rápidamente a los marinos autorización para recibir a bordo la visita de sus cónyuges, parientes y amigos, mientras el buque se halle en puerto.

2) Debería tomarse en consideración la posibilidad de autorizar a los marinos a que sus cónyuges los acompañen de vez en cuando en un viaje, siempre que ello sea posible y razonable. Las cónyuges deberían estar adecuadamente aseguradas contra accidentes y enfermedades; los armadores deberían brindar todo su apoyo a la gente de mar para suscribir tal seguro.

27. Las personas a quienes incumba la responsabilidad de ello, en los puertos y a bordo, deberían hacer cuanto sea posible por autorizar a los marinos a desembarcar cuanto antes, tras la llegada del buque a un puerto.

IV. Ahorros y envío de salarios

28. A fin de ayudar a la gente de mar a ahorrar y a remitir sus ahorros a sus familias:

a) se debería adoptar un sistema sencillo, rápido y seguro, que funcione con la ayuda de los cónsules u otras autoridades competentes, capitanes, agentes de los armadores o instituciones financieras que ofrezcan garantías, a fin de permitir a la gente de mar, y especialmente a la que se encuentra en el extranjero o navega a bordo de un buque matriculado en un país que no sea el propio, ingresar o remitir todo o parte de su salario;

b) se debería instituir o generalizar un sistema que permita a la gente de mar que lo desee, en el momento de enrolarse o durante el viaje, garantizar a sus familias el envío periódico de parte de su salario;

c) tales remesas de dinero se deberían a su debido tiempo y directamente a la persona o personas designadas por el marino;

d) se debería velar por que una entidad independiente confirme que las remesas de la gente de mar han sido enviadas realmente a la persona o personas designadas como destinatarias.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 174

Recomendación sobre la repatriación de la gente de mar.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convoca en Ginebra por el Consejero Administrativo de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 24 de septiembre de 1987 en su septuagésima cuarta reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la revisión del Convenio sobre la repatriación de la gente de mar, 1926 (núm. 23), y de la Recomendación sobre la repatriación de capitanes y aprendices, 1926 (núm. 27), cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas propuestas revistan la forma de una recomendación internacional que complemente el Convenio sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987.

Adopta, con fecha nueve de octubre de mil novecientos ochenta y siete, la presente recomendación, que podrá ser citada como la recomendación sobre la repatriación de la gente de mar, 1987:

Siempre que un marino tenga derecho a ser repatriado de conformidad con las disposiciones del Convenio sobre la repatriación de la gente de mar (revisado), 1987, y tanto el armador como el miembro en cuyo territorio esté matriculado el buque incumplan la obligación que les impone el Convenio de organizar su repatriación y de asumir el costo de la misma, el Estado de cuy territorio deba ser repatriado el marino o el Estado del cual el marino, o el Estado del cual el marino sea nacional, debería organizar dicha repatriación y recuperar el costo de la misma del Miembro en cuyo territorio esté matriculado el buque, de conformidad con el aparato a) del artículo 5 del Convenio.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 176

Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo
La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 1 de junio de 1988 en su septuagésima quinta reunión:

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas al fomento del empleo y la seguridad social, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión;

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente al Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988,

adopta, con fecha veintiuno de junio de mil novecientos ochenta y ocho, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988:

I. Disposiciones generales

1. A los efectos de la presente Recomendación:

a) el término "legislación" comprende las leyes y reglamentos, así como las disposiciones estatutarias en materia de seguridad social;

b) el término "prescrito" significa determinado por la legislación nacional o en virtud de ella;

c) el término "Convenio" significa el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988.

II. Fomento del empleo productivo

2. Uno de los objetivos prioritarios de la política nacional debería ser el fomento del plano empleo productivo y libremente elegido por todos los medios adecuados, incluida la seguridad social. Tales medios deberían comprender, especialmente, los servicios de empleo y la formación y orientación profesionales.

3. En período de crisis económica las políticas de reajuste deberían incluir, en condiciones prescritas, medidas destinadas a estimular las iniciativas que entrañen la máxima utilización de mano de obra.

4. Los Miembros deberían procurar conceder, en concepto de ayuda a la movilidad profesional, en condiciones prescritas y de la manera más apropiadas, en particular:

a) asignaciones que contribuyan a sufragar los gastos de desplazamiento y de material necesarios para gozar de los servicios previstos anteriormente en el párrafo 2;

b) asignaciones abonadas en forma de pagos periódicos calculados de conformidad con las disposiciones del artículo 15 del Convenio durante un período prescrito de forma-

ción o de readiestramiento profesionales.

5. Los Miembros deberían además prever el otorgamiento, en concepto de ayudas a la movilidad profesional o geográfica en condiciones prescritas y de la manera más apropiada en particular de:

a) asignaciones temporales decrecientes destinadas a compensar, llegado el caso, la reducción de remuneración resultante de su reinserción profesional;

b) asignaciones que contribuyan a sufragar los gastos de viaje y de mudanza;

c) asignaciones en concepto de separación;

d) indemnizaciones de reinstalación.

6. Los Miembros deberían garantizar la coordinación de los regímenes legales y alentar la coordinación de los regímenes privados de pensiones, a fin de eliminar los obstáculos a la movilidad profesional.

7. Los Miembros deberían ofrecer a las personas protegidas, en condiciones prescritas, facilidades para que puedan tener acceso a empleos temporales remunerados sin poder en peligro los empleos de otros trabajadores, a fin de mejorar sus propias perspectivas de lograr un empleo productivo y libremente elegido.

8. Los Miembros deberán brindar, en la medida de los posible y en condiciones prescritas, apoyo financiero y servicios consultivos a los desempleados que deseen crear su propia empresa o dedicarse a otra actividad económica.

9. Los Miembros deberían prever la conclusión de acuerdos bilaterales y multinacionales que contemplen una ayuda en favor de los trabajadores extranjeros protegidos por su legislación que deseen regresar libremente al territorio del Estado del cual son nacionales o en el que residían anteriormente. A falta de esos acuerdos, los Miembros deberían conceder, en virtud de su legislación, una ayuda financiación a los trabajadores en cuestión.

10. Los Miembros deberían, cuando proceda, de conformidad con las disposiciones de acuerdos multinacionales, invertir las posibles reservas acumuladas por los regímenes legales de pensiones y los fondos de previsión y estimular la inversión procedentes de fuentes privadas, incluidos los regímenes privados de pensiones, con miras a fomentar, y no desalentar, el empleo en el país, a reserva de las garantías necesarias en cuanto a seguridad y rendimiento de las inversiones realizadas.

11. La instauración progresiva, en las zonas urbanas y rurales, de servicios comunitarios, incluidos los servicios de atención médica financiados con las cotizaciones de la seguridad social o con otros recursos, debería servir para multiplicar los empleos y para impartir formación al personal, contribuyendo al propio tiempo de manera concreta a la realización de los objetivos nacionales en materia de promoción del empleo.

III. Protección de los desempleados

12. En caso de desempleo parcial y en el caso previsto en el párrafo 3 del artículo 10 del Convenio, deberían abonarse las indemnizaciones, en condiciones prescritas, en forma de pagos periódicos que compensen equitativamente la pérdida de ganancias debida al desempleo. Estas indemnizaciones podrían calcularse en función de la reducción de la duración del trabajo sufrida por el desempleado, o fijarse en una cuantía tal que el total de la indemnización y de las ganancias obtenidas del trabajo a tiempo parcial esté comprendido entre el importe de las ganancias anteriores por un trabajo a tiempo completo y el importe de la indemnización de desempleo total, a fin de no desalentar el trabajo a tiempo parcial y el trabajo temporero cuando estas formas de trabajo puedan favorecer el retorno al trabajo a tiempo completo.

13 1) Los porcentajes especificados en el artículo 15 del Convenio para el cálculo de las indemnizaciones deberían alcanzarse tomando en consideración las ganancias brutas del beneficiario, antes de la deducción de los impuestos y de la cotización a la seguridad social.

2) Cuando se considere adecuado, estos porcentajes podrían alcanzarse comprando los pagos periódicos netos de impuestos y cotizaciones con las ganancias netas de impuestos y cotizaciones.

14 1) En las condiciones prescritas, no deberían aplicarse el concepto de empleo conveniente a:

a) un empleo que suponga un cambio de profesión que no tenga en cuenta las capacidades, calificaciones, aptitudes, experiencia profesional o posibilidades de readaptación del interesado;

b) un empleo que implique un cambio de residencia a un lugar en el que no existan posibilidades de vivienda apropiadas;

c) un empleo cuyas condiciones y remuneración fueran sensiblemente menos favorables que las que rigen generalmente, en el momento considerado, en la profesión y la región en que se ofrece el empleo;

d) un empleo vacante como consecuencia directa de una interrupción de trabajo provocada por un conflicto laboral en curso;

e) un empleo en que, por una razón distinta de las consideradas en los apartados a) a d), y habida cuenta de todas las circunstancias del caso, especialmente de las responsabilidades familiares del interesado, no se pudiera reprochar razonablemente a éste que lo rechazara.

2) En la apreciación de los criterios definidos en los apartados a) a c) y e) del subpárrafo anterior deberían tenerse en cuenta, de manera general, la edad del desempleado, la anti-

güedad en su profesión anterior, la experiencia adquirida, la duración del desempleo y la situación del mercado del empleo, así como las repercusiones de este empleo sobre la situación personal y familiar del interesado.

15. Si un desempleado ha aceptado temporalmente, dentro de los límites de una duración prescrita, un empleo que no cabría considerar como conveniente, habida cuenta de las disposiciones del párrafo 14, o un empleo a tiempo parcial en el caso a que se refiere el párrafo 3 del artículo 10 del Convenio, la cuantía y la duración de las indemnizaciones de desempleo abonadas al término de tales empleos no deberían verse afectadas negativamente por la cuantía de los ingresos que el desempleado obtuvo de ellos.

16. Los Miembros deberían procurar extender progresivamente la aplicación de su legislación sobre indemnizaciones de desempleo a todos los asalariados. No obstante, podría excluirse de la protección a los funcionarios públicos cuyo empleo garantiza la legislación nacional hasta la edad normal de jubilación.

17. Los Miembros deberían procurar proteger a los trabajadores que encuentren dificultades durante el período de espera.

18. A las categorías de personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 26 del Convenio deberían ser aplicables, según los casos, las disposiciones siguientes:

a) en caso de desempleo total, las indemnizaciones deberían poder calcularse de conformidad con las disposiciones del artículo 16 del Convenio;

b) el período de calificación debería adaptase o suprimirse, en condiciones prescritas, para ciertas categorías de nuevos solicitantes de empleo:

c) cuando se concedan las indemnizaciones sin condición de período de calificación;

i) los plazos de espera deberían poder fijarse en una duración prescrita;

ii) las duraciones del pago de las indemnizaciones deberían poder limitarse en condiciones prescritas, a pesar de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 19 del Convenio.

19. Cuando la duración del pago de las indemnizaciones esté limitada por la legislación nacional, debería prolongarse, en las condiciones prescritas, hasta la edad de admisión a la pensión de vejez para los desempleados que hayan alcanzado una edad prescrita anterior a la edad de admisión a la pensión de vejez.

20. Los Miembros cuya legislación prevea el derecho a la asistencia médica y lo subordinen directa o indirectamente a una condición de actividad profesional, deberían esforzarse por garantizar, en condiciones prescritas, la asistencia médica a los desempleados, incluidos, si es posible, los que no gocen de indemnizaciones de desempleo, y a las personas que están a su cargo.

21. Los Miembros deberían procurar, en las condiciones prescritas, garantizar a los

beneficiarios de indemnizaciones d desempleo que se tomen en consideración los períodos en que se abonan dichas indemnizaciones.

a) para la adquisición del derecho y, según el caso, el cálculo de las prestaciones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes;

b) para la adquisición del derecho a la asistencia médica, a los subsidios de enfermedad y de maternidad y a las prestaciones familiares, una vez terminado el desempleo,

cuando la legislación del Miembro prevea tales prestaciones y subordine directa o indirectamente el derecho a ellas a una condición de actividad profesional.

22. Los Miembros deberían procurar adaptar los regímenes legales de seguridad social relacionados con el ejercicio de una actividad profesional a las condiciones de la actividad profesional de los trabajadores a tiempo parcial. La adaptación requerida, prevista en el artículo 25 del Convenio, debería referirse particularmente, en condiciones prescritas, a:

a) las duraciones mínimas de trabajo y las cuantías mínimas de ganancias que condicionan el derecho a indemnización en los regímenes básicos y en los regímenes complementarios;

b) las remuneraciones máximas para el cálculo de las cotizaciones;

c) el período de calificación exigible para tener derecho a las prestaciones;

d) las modalidades de cálculo de las prestaciones en metálico, y en especial de las pensiones, en función de las ganancias y de la duración de la cotización, del seguro o de la actividad profesional;

e) el derecho a prestaciones mínimas y a prestaciones a tanto alzado, especialmente prestaciones familiares, sin reducción.

23. Los Miembros deberían procurar fomentar una verdadera comprensión de las dificultades de los desempleados, particularmente de los que se encuentran desempleados desde hace mucho tiempo, y de su necesidad de ingresos suficientes.

IV. Desarrollo y perfeccionamiento de los regímenes de protección

24. Habida cuenta de que en cierto número de Miembros el desarrollo de un régimen de protección contra el desempleo está en sus comienzos, y de que otros pueden verse obligados a contemplar modificaciones de los regímenes existentes, en función de la evolución de las necesidades, podrán adoptarse legítimamente enfoques diferentes para ayudar a los desempleados, y los Miembros deberían dar alta prioridad a un intercambio de información franco y completo sobre las ayudas a los desempleados.

25. Para alcanzar por lo menos las normas fijadas por las disposiciones de la parte IV ("prestaciones de desempleo") del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, los Miembros que deseen instituir su régimen de protección contra el desempleo

deberían inspirarse en la medida en que sea posible y apropiado, en las disposiciones que siguen.

26. 1) Los Miembros deberían ser conscientes de las dificultades técnicas y administrativas que implican la planificación y el establecimiento de mecanismos de seguridad social para la indemnización del desempleo. A fin de introducir modalidades de indemnización que prevean prestaciones de carácter no discrecional, deberían tratar de reunir, tan pronto como sea posible, las condiciones siguientes:

a) la institución y el funcionamiento satisfactorio de un servicio público gratuito del empleo dotado de una red de oficinas de colocación y que haya adquirido la suficiente capacidad administrativa para reunir y analizar las informaciones sobre el mercado del empleo, registrar las ofertas y las demandas de empleo y verificar objetivamente las situaciones personales de desempleo involuntario;

b) un nivel razonable de implantación y una amplia experiencia de la gestión de otras ramas de la seguridad social consideradas prioridades desde el punto de vista social y económico, como la atención primaria de salud y la indemnización de los accidentes del trabajo.

2) Los Miembros deberían tratar, con carácter altamente prioritario, de reunir las condiciones enunciadas en el subpárrafo 1) supra fomentando un nivel suficientemente elevado de empleo estable que ofrezca salarios y condiciones de trabajo apropiados, especialmente mediante medidas necesarias y adecuadas, como la orientación profesional y la formación, con el objeto de facilitar la correspondencia voluntaria de las calificaciones con los empleos vacantes en el mercado del trabajo.

3) Deberían continuar utilizándose los servicios de cooperación y asesoramiento técnico de la Oficina Internacional del Trabajo para apoyar toda iniciativa tomada por los Miembros en esta esfera, cuando las competencias nacionales sean insuficientes.

4) Cuando se cumplan las condiciones a que se refiere el subpárrafo 1), los Miembros deberían, con la rapidez que permitan sus recursos y en caso necesario por etapas, instituir regímenes de protección para los desempleados, especialmente mecanismos de seguridad social para la indemnización del desempleo.

27. Cuando no se cumplan las condiciones a que se refiere el subpárrafo 1) del párrafo 26, los Miembros deberían conceder prioridad a la adopción de medidas especiales de ayuda a los desempleados más necesitados, en función de los recursos disponibles y de las condiciones propias de cada país.

28. Los Miembros que hayan instituido un fondo nacional de previsión podrían estudiar la posibilidad de autorizar, en beneficio de los titulares de cuenta en dicho fondo cuyas ganancias queden interrumpidas debido a un desempleo de larga duración y cuya situación familiar sea precaria, el pago de prestaciones periódicas en metálico para hacer frente a sus necesidades esenciales. Se podrían fijar límites a la cuantía y duración de estas prestaciones en función de las circunstancias, y especialmente del saldo de la cuenta.

29. Los Miembros podrían también alentar la constitución por las organizaciones de empleadores y de trabajadores de fondos de asistencia en el ámbito de una empresa o un grupo de empresas. Este método podría ser útil en las empresas y sectores de actividad que gozan de una capacidad económica suficiente.

30. Los Miembros cuya legislación exija de los empleadores el pago de indemnizaciones de fin de servicios a los trabajadores que han perdido su empleo deberían prever que los empleadores hagan frente en común a esta responsabilidad mediante la creación de fondos financiados con cotizaciones de dichos empleadores, a fin de garantizar el pago de estas indemnizaciones a los trabajadores afectados.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 178

Recomendación sobre el trabajo nocturno

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congrega en dicha ciudad el 6 de junio de 1990, en su septuagésima séptima reunión;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre el trabajo nocturno, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre el trabajo nocturno, 1990.

Adopta, con fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa, la siguiente recomendación, que podrá ser citada como la recomendación sobre el trabajo nocturno, 1990:

1. Disposiciones generales

1. A los efectos de la presente recomendación:

a) la expresión "trabajo nocturno" designa todo trabajo que se realice durante un período de por lo menos siete horas consecutivas, que abarque el intervalo comprendido entre medianoche y las cinc de la mañana y que será determinado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores o por medio de convenios colectivos;

b) la expresión "trabajador nocturno" designa a todo trabajador asalariado cuyo trabajo requiere la realización de horas de trabajo nocturno en un número sustancial, superior a un límite determinado. Este número será fijado por la autoridad competente previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, o por medio de convenios colectivos.

2) Esta Recomendación se aplica a todos los trabajadores asalariados, con excepción de los que trabajan en la agricultura, la ganadería, la pesca, los transportes marítimos y la navegación interior.

3 1) Las disposiciones de esta Recomendación podrán aplicarse por medio de la legislación nacional, convenios colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, mediante una combinación de estos medios o de cualquier otra forma conforme a las condiciones y las prácticas nacionales. Se deberían aplicar por medio de la legislación nacional en la medida en que no se apliquen por otros medios.

2) Cuando las disposiciones de esta Recomendación se apliquen por medio de la legislación nacional, se debería consultar previamente a las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores.

II. Duración del trabajo y períodos de descanso

4. 1) La duración normal del trabajo de los trabajadores nocturnos no debería exceder de ocho horas durante cualquier período de veinticuatro horas en el cual efectúan trabajo nocturno, excepto en los casos en que comprenda períodos importantes de simple presencia, de espera o de disponibilidad, en los casos en que se hubieran establecido horarios particulares que otorguen a los trabajadores una protección por lo menos equivalen durante períodos diferentes o en los casos de circunstancias excepcionales reconocidas por los convenios colectivos o, en su defecto, por la autoridad competente.

2) La duración normal del trabajo de los trabajadores nocturnos debería por lo general ser inferior en promedio, y en ningún caso superior en promedio, a la duración establecida para los trabajadores que efectúan durante el día el mismo trabajo en las mismas exigencias, en la rama de actividad o en la empresa considerada.

3) Los trabajadores nocturnos deberían disfrutar por lo menos en igual medida que los

otros trabajadores, de las medidas generales destinadas a reducir la duración normal de la semana laboral y a incrementar el número de días de vacaciones pagadas.

5. 1) El trabajo debería organizarse de forma que, en la medida de lo posible, se evite que los trabajadores nocturnos realicen horas extraordinarias antes o después de una jornada de trabajo en la que se haya efectuado trabajo nocturno.

2) En las ocupaciones que entrañen riesgos particulares o un esfuerzo físico o mental importante, los trabajadores nocturnos no deberían realizar ninguna hora extraordinaria antes o después de una jornada de trabajo en la que se haya efectuado trabajo nocturno, salvo en caso de fuerza mayor o de accidente real o inminente.

6. Cuando el trabajo por turnos implique trabajo nocturno:

a) en ningún caso deberían realizarse dos turnos consecutivos a tiempo completo, salvo en caso de fuerza mayor o de accidente real o inminente;

b) se debería garantizar, en la medida de lo posible, un descanso de once horas por lo menos entre dos turnos.

7. Las jornadas de trabajo en las que se haya efectuado trabajo nocturno deberían incluir una o varias pausas que permitan a los trabajadores descansar y alimentarse. Al fijar los horarios y la duración total de estas pausas se deberían tener en cuenta las exigencias que la naturaleza del trabajo nocturno comporta para los trabajadores.

III. Compensaciones pecuniarias

8. 1) El trabajo nocturno debería generalmente dar lugar a compensaciones pecuniarias apropiadas. Tales compensaciones deberían ser adicionales a la remuneración pagada por un trabajo idéntico efectuado durante el día, con las mismas exigencias, y;

a) deberían respetar el principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por el mismo trabajo, o por un trabajo de igual valor;

b) deberían poder convertirse, mediante acuerdo, en tiempo libre.

2) Al determinar el importe de tal compensación, podrá tomarse en cuenta la medida en que se haya reducido la duración del trabajo.

9. Cuando la compensación pecuniaria por trabajo nocturno sea un elemento habitual de las ganancias del trabajador nocturno, se la debería incluir en el cálculo de la remuneración de las vacaciones anuales pagadas, de los días festivos remunerados y de las demás ausencias normalmente pagadas, así como en la determinación de las cotizaciones y las prestaciones de la seguridad social.

IV. Seguridad y salud

10. Los empleadores y los representantes de los trabajadores interesados deberían poder consultar a los servicios de salud en el trabajo, cuando existan, sobre las consecuencias de las diferentes formas de organización del trabajo nocturno, en particular cuando éste se efectúe por rotación de equipos.

11. Al terminar las tareas asignadas a los trabajadores nocturnos se debería tener en cuenta la naturaleza del trabajo nocturno, así como los efectos de los factores ambientales y las formas de organización del trabajo. Una atención especial debería ser acordada a factores tales como las sustancias tóxicas, el ruido, las vibraciones y los niveles de iluminación, así como a las formas de organización del trabajo que comportan un esfuerzo físico o mental importante. Los efectos acumulados profesionales de tales factores y formas de organización del trabajo deberían ser evitados o reducidos.

12. El empleador debería adoptar las medidas necesarias para mantener durante el trabajo nocturno el mismo nivel de protección contra los riesgos ocupacionales que durante el día, en particular evitando, en la medida de los posibles, el aislamiento de los trabajadores.

V. Servicios sociales

13. Deberían adoptarse medidas para limitar o reducir la duración del desplazamiento entre la residencia y el lugar de trabajo de los trabajadores nocturnos, para evitarles gastos de viaje adicionales o reducir estos gastos y para mejorar su seguridad cuando se desplacen de noche. Estas medidas podrían incluir:

a) la coordinación entre las horas en que comienzan y en que acaban las jornadas de trabajo en las que se efectúa trabajo nocturno y los horarios de los servicios locales de transporte público;

b) la provisión por el empleador de medios de transporte colectivo para los trabajadores nocturnos cuando no existan servicios de transporte público;

c) una ayuda para que los trabajadores nocturnos puedan adquirir un medio de transporte apropiado;

d) el pago de una compensación apropiada para gastos de viaje adicionales;

e) la construcción de conjuntos de viviendas a una distancia razonable del lugar de trabajo.

14. Deberían adoptarse medidas para mejorar la calidad del reposo de los trabajadores nocturnos. Tales medidas podrían incluir:

a) el asesoramiento y, cuando proceda, la asistencia a los trabajadores nocturnos para el aislamiento sonoro de sus viviendas;

b) la concepción y el acondicionamiento de conjuntos de viviendas que tengan en

cuenta la necesidad de disminuir los niveles de ruido.

15. Se deberían poner a disposición de los trabajadores nocturnos instalaciones de reposo convenientemente equipada en lugares apropiados del establecimiento.

16. El empleador debería tomar las medidas necesarias para que los trabajadores que realizan trabajo nocturno puedan procurarse alimentos y bebidas. Tales medidas, concebidas de manera que respondan a las necesidades de los trabajadores nocturnos, podrían incluir:

a) poner a su disposición en lugares adecuados del establecimiento alimentos y bebidas apropiados para su consumo durante la noche;

b) facilitarle el acceso a instalaciones donde puedan, durante la noche, preparar o calentar y consumir los alimentos que hayan llevado ellos.

17. La importancia del trabajo nocturno en el plano local debería ser uno de los factores que habrían de tenerse en cuenta cuando se decida crear guarderías infantiles u otros servicios destinados a los niños d corta edad, cuando se escoja su emplazamiento y cuando se determinen sus horas de apertura.

18. Los problemas específicos de los trabajadores nocturnos se deberían tener debidamente en cuenta por las autoridades públicas, por otras instituciones y por los empleadores en el marco de las medidas adoptadas con el fin de fomentar la formación y el perfeccionamiento, así como las actividades culturales, deportivas y recreativas de los trabajadores.

VI. Otras medidas

19. En cualquier momento de su embarazo, desde que se conozca éste, las trabajadoras nocturnas que así lo soliciten deberían ser asignadas a un trabajo diurno, en la medida en que esto sea factible.

20. En caso de trabajo por turnos, al establecer la composición de los equipos nocturnos deberían tener en cuenta las situaciones particulares de los trabajadores que tienen responsabilidades familiares, de los que siguen cursos de formación y de los trabajadores de edad.

21. Excepto en casos de fuerza mayor o de accidente real o inminente, los trabajadores deberían ser informados con una antelación razonable de que han de efectuar trabajo nocturno.

22. Deberían tomarse medidas, cuando proceda, para que los trabajadores nocturnos disfruten, como los demás trabajadores, de posibilidades de formación, con inclusión de licencias pagadas de estudios.

23 1) A los trabajadores nocturnos que hayan efectuado un número determinado de años de trabajo nocturno se les debería tener particularmente en cuenta para ocupar vacantes de

puestos diurnos para los cuales reúnan las calificaciones necesarias.

2) Deberían prepararse esos traslados facilitando, cuando sea necesario, la formación de los trabajadores nocturnos en tareas que normalmente se efectúen durante el día.

24. A los trabajadores que durante un número considerable de años hayan estado empleados como trabajadores nocturnos se les debería tener particularmente en cuanta por lo que respecta a las posibilidades de jubilación de jubilación voluntaria anticipada o progresiva, cuando existan tales posibilidades.

25. Los trabajadores nocturnos que desempeñen una función sindical o de representación del personal deberían tener la posibilidad de ejercer esa actividad en condiciones apropiadas, al igual que otros trabajadores que asumen la misma función. La necesidad de poder asumir funciones de representación de los trabajadores debería ser tomada en cuenta al adoptarse decisiones relativas a la asignación de representantes de trabajadores a un trabajo nocturno.

26. Deberían mejorarse las estadísticas relativas al trabajo nocturno y se debería intensificar el estudio de los efectos de las diferentes formas de organización del trabajo nocturno, particularmente cuando se realiza según un sistema de turnos.

27. Siempre que sea posible, se debería recurrir a los progresos científicos y técnicos, así como a las innovaciones en materia de organización del trabajo, con el fin de limitar el recurso al trabajo nocturno.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

Conferencia Internacional del Trabajo

Recomendación 173

Recomendación sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, Y congregaba en dicha ciudad el 5 de junio de 1991, en su septuagésima octava reunión;

Tras decidir adoptar diversas proposiciones sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares, cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y

Tras decidir, como consecuencia de la adopción del Convenio sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991, que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación complementaria,

adopta, con fecha veinticinco de junio de mil novecientos noventa y uno, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la recomendación sobre las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991:

I. Disposiciones de carácter general

1. La presente Recomendación se aplica a los trabajadores, tal como los define el párrafo 3, ocupados en:

a) los hoteles y establecimientos similares que ofrecen alojamiento;

b) los restaurantes y establecimientos similares que sirven comidas o bebidas, o ambas cosas.

2) Los Miembros podrán, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, extender el campo de aplicación de la presente Recomendación a otros establecimientos afines que presten servicios turísticos.

3. A los efectos de la presente Recomendación, la expresión a trabajadores interesados designa a los trabajadores empleados en los establecimientos a los cuales se aplica la presente Recomendación de conformidad con las disposiciones de los párrafos 1 y 2, cualesquiera que sean la naturaleza y la duración de su relación de empleo.

4 1) La presente Recomendación podrá aplicarse mediante la legislación nacional, los convenios colectivos, los laudos arbitrales o las decisiones judiciales, o de cualquier otra forma adecuada compatible con la práctica nacional.

2) Los miembros deberían:

a) prever la supervisión efectiva de la aplicación de las medidas tomadas en cumplimiento de la presente Recomendación, mediante un servicio de inspección o por otro medio que se juzgue conveniente;

b) alentar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesada a fomentar activamente la aplicación de la disposiciones de la presente Recomendación.

5. El objetivo general de la presente Recomendaciones es, sin dejar de respetar la autonomía de las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, mejores las condiciones de los trabajadores interesados hasta aproximarlas a las que suelen encontrarse entre los trabajadores de otros sectores económicos.

II. Horas de trabajo y períodos de descanso

6. A menos que los métodos indicados en el subpárrafo 1) del párrafo 4 lo dispongan de otra manera, la expresión "horas de trabajo" se refiere al tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del empleador.

7. 1) Las medidas adoptadas para fijar las horas ordinarias de trabajo y regular las horas extraordinarias deberían estar sujetas a consultas entre el empleador y los trabajadores interesados o sus representantes.

2) La expresión "representantes de los trabajadores" designa a las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, de conformidad con el Convenio sobre los representantes de los trabajadores 1971.

3) Las horas extraordinarias deberían compensarse con tiempo libre retribuido, un recargo o recargos por las horas extraordinarias trabajadas, o una remuneración más elevada, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales y previa consulta entre el empleador y los trabajadores interesados o sus representantes.

4) Deberían adoptarse medidas para asegurar que las horas de trabajo y las horas extraordinarias se calculen y registren correctamente y que el trabajador interesado tenga acceso a su registro.

8. Siempre que sea posible, deberían eliminarse progresivamente los horarios discontinuos, preferentemente mediante la negociación colectiva.

9. El número y la duración de las pausas para las comidas deberían determinarse en función de los usos y costumbres de cada país o región, y teniendo en cuenta si se come en el propio establecimiento o fuera del mismo.

10. 1) En la medida de lo posible, los trabajadores interesados deberían tener derecho a un período de descanso semanal que no sea inferior a treinta y seis horas, el cual, siempre que sea factible, debería ser interrumpido.

2) Los trabajadores interesados deberían tener derecho a un período de descanso diario de diez horas consecutivas como promedio.

11. En los casos en que la duración de las vacaciones anuales pagadas de los trabajado-

res interesados sea inferior a cuatro semanas por un año de servicio, deberían adoptarse medidas, mediante la negociación colectiva o de acuerdo con la práctica nacional, a fin de alcanzar de manera progresiva ese nivel.

III. Formación

12. 1) Los Miembros, en consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, deberían elaborar políticas y programas de educación y formación profesionales y de capacitación gerencial en las distintas ocupaciones que se ejercen en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares o, cuando proceda, ayudar a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y a otras instituciones a establecer esas políticas y programas.

2) Los programas de formación deberían tener como principal objetivo mejorar las calificaciones y la calidad del trabajo, así como las perspectivas de carrera de los participantes.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica

I. Definiciones y métodos de aplicación

1. 1) A los efectos de la presente Recomendaciones, el término "insolvencia" designa aquellas situaciones en que, se conformidad con la legislación y la práctica nacionales, se ha abierto un procedimiento relativo a los activos de un empleador con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores.

2) A los efectos de la presente Recomendación, los Miembros pueden extender el término "insolvencia" a otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, en particulares las siguientes:

a) cuando haya cerrado la empresa o hayan cesado sus actividades, o sea objeto de una liquidación voluntaria;

b) cuando el monto de los activos del empleador sea insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia;

c) cuando la sumas que se adeudan al trabajador, en razón de su empleo, estén en vías de cobro y se constante que el empleador carece de activos o que éstos no bastan para pagar la deuda en cuestión;

d) cuando haya fallecido el empleador, se haya puesto su patrimonio en manos de un administrador y no puedan saldarse las sumas adeudadas con el activo de la sucesión.

3) La medida en que los activos de los empleadores estarán sujetos a los procedimientos establecidos en el subpárrafo 1) debería ser determinada por la legislación o la práctica nacionales.

2. Las disposiciones de la presente Recomendación pueden aplicarse por vía legislativa o por cualquier otro medio conforme a la práctica nacional.

II. Protección de los créditos laborales por medio de un privilegio
Créditos protegidos

3. 1) La protección conferida por un privilegio debería cubrir los siguientes créditos:

a) los salarios, las primas por horas extraordinarias, las comisiones y otras modalidades de remuneración, correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, inmediatamente anterior a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; este período debería fijarse en la legislación nacional y no debería ser inferior a doce meses;

b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior;

c) las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas, las primas de fin de año y otras primas establecidas en la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, correspondientes a un período determinado que no debería ser inferior a los doce meses anteriores a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

d) todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido;

e) las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo;

f) las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador.

2) La protección conferida por un privilegio podría cubrir los siguientes créditos:

a) las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de segu-

ridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

b) las cotizaciones adeudadas a los regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

c) las prestaciones a que tuviesen derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador.

3) Los créditos enumerados en los subpárrafos 1) y 2) que hayan sido reconocidos a un trabajador por fallo judicial o laudo arbitral pronunciado en los doce meses precedentes a la insolvencia deberán ser cubiertos por el privilegio independientemente de los límites de tiempo mencionados en dichos subpárrafos.

Limitaciones

4. Cuando el monto del crédito protegido por medio de un privilegio esté limitado por la legislación nacional, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable, dicho monto debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria.

Créditos vencidos después de la fecha de iniciación del procedimiento de insolvencia

5. Cuando, en virtud de la legislación nacional, se autorice la continuación de las actividades de una empresa que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, los créditos laborales correspondientes al trabajo efectuado a partir de la fecha en que se decidió esa continuación deberían quedar excluidos del procedimiento y saldarse a sus vencimientos respectivo con los fondos disponibles.

Procedimientos de pronto pago

6. 1) Cuando el procedimiento de insolvencia no permita asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por un privilegio, debería existir un procedimiento de pronto pago para que dichos créditos sean pagados, sin aguardar a que concluya el procedimiento de insolvencia, con los fondos disponibles o tan pronto como queden disponibles, a menos que el pronto pago de los créditos laborales esté asegurado por una institución de garantía.

Conferencia Internacional del Trabajo
Recomendación 180
Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:
Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 3 de junio de 1992, en su septuagésima novena reunión;

Subrayando la importancia de la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y recordando las disposiciones al respecto del artículo 11 del Convenio sobre la protección del salario, 1949, y del artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925;

Observando que, desde la adopción del Convenio sobre la protección del salario, 1949, se ha atribuido una mayor importancia a la rehabilitación de empresas insolventes y que, en razón de los efectos sociales y económicos de la insolvencia, deberían realizarse esfuerzos, siempre que sea posible, para rehabilitar las empresas y salvaguardar el empleo;

Observando que, desde la adopción de dichas normas, la legislación y la práctica de muchos Miembros han experimentado una importante evolución en el sentido en el sentido de una mejor protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, y considerando que sería oportuno que la Conferencia adoptara nuevas normas relativas a los créditos laborales;

Reconociendo que las instituciones de garantía, si han sido adecuadamente concebidas, ofrecen una mayor protección a los créditos laborales;

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones relativas a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, tema que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión;

Después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de una recomendación que complemente el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adopta, con fecha veintitrés de junio de mil novecientos noventa y dos, la presente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

2) El pronto pago de los créditos laborales podría asegurarse como sigue:

a) la persona o la institución encargada de administrar el patrimonio del empleador debería pagar dichos créditos, una vez verificada su autenticidad y su exigibilidad;

b) en caso de impugnación, el trabajador debería estar habilitado para hacer reconocer la validez de sus créditos por un tribunal o cualquier otro organismo competente en la materia, a fin de obtener entonces el pago de conformidad con el apartado *a)*.

3) El procedimiento de pronto pago debería amparar a la totalidad del crédito protegido por un privilegio, o por lo menos a una parte del mismo, fijada por la legislación nacional.

III. Protección de los créditos laborales por una institución de garantía
Campo de aplicación

7. La protección de los créditos laborales por una institución de garantía debería ser lo más amplia posible.

Principios de funcionamiento

8. Las instituciones de garantía podrían funcionar con arreglo a los siguientes principios:

a) deberían tener autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador.

b) los empleadores deberían contribuir a su financiación, a menos que ésta esté asegurada íntegramente por los poderes públicos;

c) deberían asumir sus obligaciones para con los trabajadores protegidos, independientemente de que el empleador haya cumplido o no con sus obligaciones eventuales de contribuir a su financiación;

d) deberían asumir con carácter subsidiario las obligaciones de los empleadores insolventes, en lo referente a los créditos protegidos por la garantía, y poder subrogar en los derechos de los trabajadores a los que hayan pagado prestaciones;

e) los fondos administrados por las instituciones de garantía que no provengan del Erario público no podrían ser utilizados sino para los fines para los cuales fueron recaudados.

Créditos protegidos por la garantía

9. 1) La garantía debería proteger los siguientes créditos:

a) los salarios, primas por horas extraordinarias, comisiones y otras formas de remuneración correspondientes al trabajo efectuado durante un período determinado, que no debería ser inferior a los tres meses que preceden a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

b) las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de trabajo, así como en el año anterior;

c) las primas de fin de año y otras primas previstas por la legislación nacional, los convenios colectivos o los contratos individuales de trabajo, correspondientes a un período determinado, que no debería ser inferior a los doce meses precedentes a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

d) las sumas adeudadas en concepto de tras ausencias retribuidas, correspondientes a un período determinado, que no debería ser inferior a los tres meses precedentes a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo;

e) todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido;

f) las indemnizaciones por fin de servicios, las indemnizaciones por despido injustificado y otras sumas adeudadas al trabajador con motivo de la terminación de la relación de trabajo;

g) las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando estén directamente a cargo del empleador.

2) La garantía podría proteger los siguientes créditos:

a) las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores;

b) las cotizaciones adeudadas en virtud de regímenes privados de protección social, sean profesionales, interprofesionales o de empresa, que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social, cuando su falta de pago perjudique los derechos de los trabajadores.

c) las prestaciones a que tuvieran derecho los trabajadores antes de la insolvencia, en virtud de su participación en los regímenes de protección social de la empresa y cuyo pago incumba al empleador;

d) los salarios o cualquier otra forma de remuneración compatible con este párrafo reconocidos a un trabajador por fallo judicial o aludo arbitral pronunciado en los tres meses precedentes a la insolvencia.

Limitaciones

10. Cuando el monto del crédito protegido por una institución de garantía esté limitado, para que no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable debería tener en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones de la seguridad social o el salario medio en la industria.

IV. Disposiciones comunes a las partes II y III

11. Los trabajadores o sus representantes deberían recibir información en tiempo oportuno y ser consultados en relación con los procedimientos de insolvencia que haya sido abiertos y que sean relativos a los créditos laborales.

Copia certificada conforme y completa del texto español. Por el director General de la

Oficina Internacional del Trabajo:

Francis Maupin
Consejero Jurídico Oficina Internacional del Trabajo.
El suscrito jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Hace constar:
Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado, que reposa en la Oficina Jurídica de este Ministerio.
Dada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro (1994).
Héctor Adolfo Sintura Varela
Jefe Oficina Jurídica.

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.) CESAR GAVIRIA TRUJILLO

LA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES,

(fdo.) NOEMI SANIN DE RUBIO

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: Apruébanse las "RECOMENDACIONES 171 SOBRE LOS SERVICIOS DE SALUD EN EL TRABAJO; 172 SOBRE LA UTILIZACION DEL ASBESTO EN CONDICIONES DE SEGURIDAD; 173 SOBRE EL BIENESTAR DE LA GENTE DE MAR EN EL MAR Y EN PUERTO; 174 SOBRE LA REPATRIACION DE LA GENTE DE MAR; 176 SOBRE EL FOMENTO DEL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESEMPLEO; 178 SOBRE EL TRABAJO NOCTURNO; 179 SOBRE LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LOS HOTELES, RESTAURANTES Y ESTABLECIMIENTOS SIMILARES Y 180 SOBRE LA PROTECCION DE LOS CREDITOS LABORALES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR", adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

ARTICULO SEGUNDO: La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

EL PRESIDENTE DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA
LUIS FERNANDO LONDOÑO CAPURRO

EL SECRETARIO GENERAL DEL H. SENADO DE LA REPUBLICA
PEDRO PUMAREJO VEGA

EL PRESIDENTE DE LA HONORABLE CAMARA DE REPRESENTANTES
GIOVANNY LAMBOGLIA MAZZILLI

EL SECRETARIO GENERAL DE LA HONORABLE CAMARA DE REPRESENTANTES
DIEGO VIVAS TAFUR.

REPUBLICA DE COLOMBIA - GOBIERNO NACIONAL
COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE

EJECUTESE *previa revisión de la Corte Constitucional, conforme al artículo 241-10 de la Constitución Política.*

Dada en Santafé de Bogotá, D.C., a los 16 ENE. 1997

LA MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES,
MARIA EMMA MEJIA VELEZ

EL MINISTRO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
ORLANDO OBREGON SABOGAL

III- INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS.

3.1. Ministerio de Relaciones Exteriores

La ciudadana Blanca Lucía González Rios, en representación del Ministerio de Relaciones Exteriores, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de la ley y de los instrumentos objeto de revisión. La interviniente comienza por recordar el artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según el cual los Estados se obligan a someter los convenios y recomendaciones a la autoridad competente, por lo que a su juicio, la presente ley es el desarrollo del compromiso internacional en comento.

Luego, la ciudadana interviniente señala que los instrumentos internacionales sometidos a control hacen efectiva la obligación estatal de proteger de manera especial las fuentes de trabajo, pues se intenta combatir el desempleo y multiplicar las oportunidades de trabajo, de acuerdo con la libre escogencia de oficio y profesión. Adicionalmente, se afirma que el Legislador, a través de mecanismos de protección de la salud y bienestar general de la fuerza laboral, busca otorgar condiciones dignas y justas para el trabajo.

La interviniente considera entonces que los instrumentos internacionales que se aprobaron reúnen los principios mínimos fundamentales del trabajo que consagra el artículo 53 de

la Constitución, por lo cual solicita la exequibilidad de los asuntos sometidos a revisión constitucional.

3.2. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

El ciudadano Pedro Nel Londoño Cortés, en representación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, interviene en el proceso para solicitar la inhibición de la Corte Constitucional, toda vez que a su juicio las Recomendaciones de la OIT no están sometidas a la revisión constitucional automática prevista en el numeral 10 del artículo 241 de la Constitución. Para sustentar su argumento, el interviniente trae a colación varias opiniones doctrinales en las cuales se diferencia la naturaleza jurídica de las Convenciones y de las Recomendaciones de la OIT. Las primeras son "tratados internacionales y están abiertos, por ende a la ratificación por parte de los Estados Miembros, en tanto que las recomendaciones constituyen simples guías u orientaciones para los Estados", por lo cual no requieren ratificación sino información sobre el estado de la legislación y la práctica de los asuntos que fueron recomendados. En tales circunstancias, según su criterio, la Recomendación no genera vínculo jurídico, por lo cual no exige su aprobación en el Congreso, y por ende no resulta pertinente el control constitucional previo.

IV- INTERVENCION CIUDADANA

Los ciudadanos Carlos Rodríguez Mejía y Alberto León Gómez, miembros de la Comisión Colombiana de Juristas, intervienen para solicitar la inhibición de la Corte Constitucional para conocer del presente asunto, por ausencia de competencia. Según criterio de los intervinientes, existen varias fuentes de derecho internacional con diferentes maneras de incorporación al derecho interno, dentro de las cuales se encuentran las Recomendaciones y los Convenios de la OIT. Las primeras son normas dirigidas a orientar la acción gubernamental y legislativa, que exigen un examen para su ejecución, mientras que los segundos son verdaderos tratados que generan obligaciones para los Estados que ratifican Por tal motivo, no todas las formas de producción de derecho internacional pueden considerarse genéricamente como tratados internacionales, pues existen normas como las Recomendaciones, que no requieren la incorporación a la legislación vigente, ni menos aún la revisión constitucional prevista en el artículo 241 de la Constitución.

V- DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

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 objeto de revisión. En primer lugar, la Vista Fiscal manifiesta que la ley objeto de revisión fue aprobada de acuerdo con el procedimiento y los trámites previstos en la Constitución y la ley. En segunda instancia, el Ministerio Público considera que la Ley 347 de 1997 busca dar cabal cumplimiento a los fines estatales previstos en la Constitución relacionados con los derechos de los trabajadores, toda vez que si bien las Recomendaciones son normas que orientan la acción del Estado, no crean obligaciones ni vínculos jurídicos que exijan su contenido. Por ello, según su parecer, la aprobación, a través de ley, de las Recomendaciones vislumbra su "clara orientación humanista", que propende por el respeto de la dignidad del trabajador, lo

cual a todas luces es constitucional.

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

El problema de la competencia

1. La Ley 347 del 16 de enero de 1997 aprueba ocho recomendaciones que fueron adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativas al fomento del empleo y la búsqueda de instrumentos que propendan por el mayor grado de salud, seguridad y bienestar de los trabajadores. El Congreso incorporó al ordenamiento jurídico esas recomendaciones bajo la forma de una ley aprobatoria de tratado, por lo cual, la Corte es competente para el estudio de la Ley 347 de 1997 pues, según el artículo 241 ordinal 10, corresponde a esta Corporación el control automático de las leyes que aprueben tratados. Surge sin embargo un interrogante. Según algunos intervinientes, las recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no pueden entrar a formar parte del ordenamiento por medio de una ley aprobatoria de un tratado. Según su criterio, la Corte debe entonces inhibirse en el presente caso, por falta de competencia, ya que no estamos, en sentido estricto, frente a la revisión previa de un tratado y de su ley aprobatoria. Como vemos, debe la Corte comenzar por estudiar si las recomendaciones de la OIT son o no tratados, y en caso de que no le sean, cuál es la consecuencia jurídica de que el Congreso utilice la forma de la ley aprobatoria para incorporar al ordenamiento normas que no implican la asunción de obligaciones internacionales por el Estado colombiano.

Diferencias entre los Convenios y las Recomendaciones.

2. De acuerdo con el artículo 19 de la Constitución de la OIT, esa organización se pronuncia a través de convenios internacionales o de recomendaciones. Sin embargo, estos instrumentos no tiene la misma naturaleza jurídica. Los convenios son auténticas normas de derecho internacional que vinculan jurídicamente a los Estados, mientras que las recomendaciones no tienen tal característica pues son instrumentos que se limitan a señalar pautas para orientar la legislación y la práctica jurídica nacional. Los convenios buscan la ratificación de los Estados miembros a fin de que éstos adquieran compromisos internacionales. Es cierto que esa ratificación es *sui generis* en el derecho internacional, en tanto no se realiza de acuerdo con las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, sino que se efectúa por medio de una comunicación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la aprobación interna del convenio. Sin embargo, esa ratificación tiene el mismo efecto que la de cualquier otro tratado, y es que el Estado respectivo asume obligaciones en el plano internacional. En otros términos, estas normas internacionales nacen abiertas a la ratificación, y como tal están destinadas a crear obligaciones internacionales para los Estados que los ratifican, mientras que, conforme a las propias normas de la OIT, las recomendaciones no están sujetas a ratificación, pues su objetivo no es que los Estados adquieran nuevos compromisos internacionales sino que se trata de sugerencias que la OIT formula a los Estados para que éstos, en lo posible, las desarrollen internamente. La obligación internacional que adquieren los Estados en relación con estas recomendaciones es entonces la de someter esas propuestas a consideración de sus autoridades internas, a fin de eventualmente desarrollarlas por medio de otras normas jurídicas. Igualmente

deben los Estados informar a la OIT sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en las recomendaciones, pero en ningún momento se prevé la ratificación de tales recomendaciones, o que su contenido genere en sí mismo una obligación internacional. El artículo 19 ordinal 6° literal d) de la Constitución de la OIT es terminante en señalar que "salvo la obligación de someter la recomendación a la autoridad o autoridades competentes, no recaerá sobre los miembros ninguna otra obligación".

Las recomendaciones, a diferencia de los convenios, no son entonces tratados, pues no generan, modifican o extinguen obligaciones internacionales para los Estados. Esa diversa naturaleza jurídica se manifiesta incluso en el distinto lenguaje empleado por la OIT, según el caso. Así, las recomendaciones tienden a ser redactadas como sugerencias o invitaciones a los Estados a desarrollar determinadas políticas, por lo cual se usa en general el modo condicional. La mayor parte de los artículos de estos documentos simplemente señalan que los Estados, los patronos o los trabajadores "deberían" efectuar determinada conducta, tal y como se puede observar mediante la lectura de las recomendaciones aprobadas por medio de la ley bajo revisión. Esto muestra que las recomendaciones no son, en estricto sentido, verdaderas normas jurídicas sino exhortaciones políticas a los Estados. En cambio, los convenios se formulan con el lenguaje preceptivo de las normas jurídicas, para lo cual basta revisar cualquiera de esos documentos jurídicos en donde se señala que los Estados "deberán" o se "comprometen" a efectuar determinadas políticas . Y no podía ser de otra forma pues mediante los convenios los Estados adquieren compromisos jurídicos internacionales.

3- La propia Constitución destaca esa diferencia entre las recomendaciones y los convenios, ya que les confiere distinta eficacia jurídica interna. Así, el artículo 53 de la Carta incluye en la legislación interna a los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, mientras que en relación con las recomendaciones, no existe norma constitucional que las mencione. Todo lo anterior muestra que las recomendaciones y los convenios son figuras jurídicas de muy diverso alcance, tal y como esta Corporación ya lo había señalado. Dijo entonces la Corte:

La Recomendacion, según el artículo 19 de la Constitución de la O.I.T., es aquella proposición de la Conferencia Internacional del Trabajo, que trata de cuestiones o aspectos que en ese momento no se prestan para la adopción de un Convenio, y que no exige propiamente la expresión del consentimiento, en la forma indicada para el ajuste de los Convenios y Tratados Internacionales, ni su ratificacción formal, pues la Recomendación constituye apenas una serie de orientaciones y sugerencias con respecto de determinada materia -en este caso, las medidas tendientes a garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en las intalaciones petroleras marítimas y en la industria de energía nuclear-, que son puestas en práctica a través de la legislación interna de cada país miembro, o de cualquier otro modo, y por consiguiente, carecen, para efectos de su ejecución, de la fuerza imperativa de que estan dotados los Convenios de la O.I.T[4].

4 Sentencia C-o49/94. MP: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte No 3 C)

Conforme a todo lo anterior, la Corte concluye que tienen razón los intervinientes en señalar que las recomendaciones de la OIT no son tratados, por lo cual no son normas sujetas a la ratificación por el Estado colombiano, ni a la revisión previa y automática por la Corte Constitucional, por lo cual la esta Corporación deberá inhibirse de conocer su contenido material. En efecto, en relación con la revisión automática de los convenios de la OIT, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que "si bien es cierto que tales actos no reúnen ni por su forma de adopción ni por su trámite las exigencias establecidas por la Convención de Viena para los tratados que se celebran entre Estados, sí pueden tenerse como tales a pesar de sus diferencias"[5]. En cambio, las recomendaciones de la OIT, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solamente deben someterse a control cuando están en relación conexa e inescindible con los convenios[6], en razón a que la fuerza vinculante del tratado internacional está sujeta en tal evento a la correcta aplicación de la respectiva recomendación. Ha dicho la Corte al respecto:

En este orden de ideas, dado el carácter de instrumento internacional que compromete la voluntad de los Estados y le impone obligaciones, los convenios de la O.I.T. deben ser objeto de control constitucional formal y material por parte de esta Corporación.

En cuanto a las recomendaciones, éstas deberán ser comunicadas a los Estados para su examen, a fin de ponerlas en ejecución por medio de la legislación nacional. Respecto a la coercibilidad de las mismas, es del caso señalar que ella dependerá de la forma, términos y obligatoriedad que le den las normas del derecho interno, de acuerdo a la competencia del correspondiente Estado, y en la medida en que ella no desconozca o vulnere ningún precepto de orden constitucional, deberá declararse su conformidad con la Carta Política.

En efecto, teniendo en cuenta que en el presente asunto, la recomendación No. 181 se ajusta a las normas constitucionales, en particular como se demostrará a continuación, a lo dispuesto en los artículos 2 y 25 que consagran el derecho al trabajo, y que igualmente, está en relación conexa e inescindible con el contenido del Convenio No. 174, pues constituye pleno desarrollo y concreción del mismo, y que por lo mismo impone ciertas obligaciones al Estado Colombiano que se derivan de las normas del Convenio 174, es por lo que esta Corte estima que dicha Recomendación es susceptible de ser materia de revisión constituciona[7]l.

Por consiguiente, cuando la ley aprueba exclusivamente diferentes recomendaciones de la OIT -como sucede en este caso- la Corte debe inhibirse de su conocimiento, por no ser competente para su revisión previa y oficiosa, pues no estamos realmente en frente de un tratado.

4- A lo anterior, podría objetarse que no es relevante constitucionalmente la diferencia para efectos del control constitucional, pues tanto las recomendaciones como los convenios

---

5 Sentencia C-562 de 1992. M.P. Dr. Jaime Sanin Greiffestein. Sobre el tema también puede consultarse la sentencia T-147 de 1994. M.P.Dr. Jorge Arango Mejía.

6 Sentencias C-049 de 1994 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell y C-280 de 1997. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

7 C-280 de 1997. M.P.Dr. Hernando Herrera Vergara. Consideración de la Corte Tercera.

de la OIT son instrumentos jurídicos de derecho internacional cuyo objetivo es producir efectos jurídicos internos. Sin embargo, en razón a que la competencia de la Corte Constitucional se circunscribe a los estrictos y precisos términos del artículo 241 de la Carta, resulta determinante la evaluación de la naturaleza jurídica diversa del convenio y de la recomendación, pues esta Corporación solamente está autorizada para decidir, mediante la revisión previa y automática prevista por el artículo 241 ordinal 10, sobre la exequibilidad de los tratados internacionales, esto es, de instrumentos jurídicos sujetos a ratificación del Ejecutivo, a fin de que el Estado colombiano adquiera, modifique o extinga obligaciones internacionales.

Naturaleza del Control previo y efectos jurídicos de las leyes aprobatorias de tratados.

5- Las leyes aprobatorias de tratados internacionales son, desde el punto de vista material y formal, normas con un *status* jurídico independiente de los tratados que aprueban. Por ende, el hecho de que las recomendaciones de la OIT no sean tratados genera nuevos problemas jurídicos: ¿qué efectos tiene la incorporación, por medio de una ley aprobatoria de tratados de normas que no son en sentido estricto tratados? ¿Debe en tal caso la Corte declarar la inexequibilidad de la ley aprobatoria? ¿O, por el contrario, y en virtud del principio de conservación del derecho, según el cual el juez constitucional debe preservar al máximo la obra y la voluntad del Legislador, es preferible que la Corte tome otra decisión a fin de mantener en el ordenamiento esos contenidos jurídicos, que no son en sentido estricto tratados, pero que fueron aprobados por los representantes del pueblo y que podrían ser constitucionales? Para responder a esos interrogantes, entra la Corte a analizar brevemente las características de las leyes aprobatorias en el ordenamiento constitucional colombiano.

6. La supremacía de la Constitución (C.P. art. 4) y la necesidad de garantizar la efectividad de los compromisos internacionales (C.P. art. 9) exigen que la Corte examine y decida definitivamente, en forma automática y previa, si un tratado internacional está conforme o no con los mandatos constitucionales. En efecto, la Carta de 1991 diseñó el control constitucional previo de los tratados internacionales como un mecanismo que permite garantizar al mismo tiempo la supremacía de la Constitución y el cumplimiento de los compromisos internacionales por el Estado colombiano. Así, el control constitucional previo se ubica en un sistema de relaciones de coordinación entre los órganos públicos, pues impulsa el proceso de perfeccionamiento de los instrumentos internacionales, los cuales habiendo cumplido las fases de negociación, adopción, confirmación presidencial del texto celebrado por el delegado plenipotenciario, aprobación por parte del Congreso y sanción presidencial, buscan preservar la supremacía de la Constitución, sobre la base de que todos los tratados internacionales tienen vocación para producir efectos jurídicos vinculantes para los Estados que lo ratifican.

Ahora bien, como lo ha señalado en repetidas ocasiones esta Corporación[8], este control

8Sobre el punto, pueden verse las sentencias C-574 de 1992. M.P. Dr. Ciro Angarita Barón, C-276 de 1993 y C-059 de 1994 M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, C-333 de 1994, C-178 de 1995, C-682 de 1996. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. C-408 de 1996. M.P.Dr. Alejandro Martínez Caballero.

constitucional de los tratados internacionales se caracteriza porque es previo al perfeccionamiento del tratado, pero posterior a la aprobación del Congreso y a la sanción gubernamental; es automático, por cuanto no está supeditado a la presentación en debida forma de una acción ciudadana sino que la ley debe ser enviada directamente por el Presidente de la República dentro de los seis días siguientes a la sanción gubernamental; es integral, en la medida en que la Corte debe analizar el aspecto formal y material de la ley y el tratado, confrontándolos con todo el texto constitucional; tiene fuerza de cosa juzgada, pues la Corte debe "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban" (C.P. art. 241-10), lo que excluye la revisión posterior por vía de acción pública de inconstitucionalidad; y, finalmente, es una condición *sine qua non* para la ratificación del correspondiente acuerdo, esto es, para que el respectivo convenio pueda surgir como acto jurídico en el ámbito internacional.

7- Conforme a lo anterior, el concepto de ley aprobatoria de tratado lleva implícito una cualificación constitucional tanto por su contenido como por el lugar que ocupa en el ordenamiento.

Así, estas leyes son normas jurídicas generales, objetivas y obligatorias que, además de encontrarse sometidas a un requisito particular, cual es el examen previo de constitucionalidad por parte de esta Corporación, tiene un sentido normativo particular. En efecto, estas leyes pretenden exclusivamente permitir que el país se relacione jurídicamente con otros Estados, toda vez que la aprobación por medio de una ley de un tratado es una etapa indispensable para el perfeccionamiento del acto jurídico que obliga al Estado internacionalmente. Por consiguiente, a través de este tipo de leyes se perfeccionan situaciones jurídicas con una consecuencia jurídica clara: la posibilidad de que el Ejecutivo ratifique el tratado y se generen para el país derechos y obligaciones en el campo supranacional. Así mismo, las leyes aprobatorias de tratados son normas especiales que regulan materias específicas, pues sus objetivos están señalados expresamente en la Constitución, toda vez que se dirigen a promover o consolidar la integración económica, social y política con otros Estados (C.P. art. 150-16 y 227), o a modificar los límites de la República y reconocer derechos de nacionalidad a los miembros de pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos (C.P. art. 96-c y 101), o aprueban el reconocimiento de derechos humanos y prohiben su limitación en estados de excepción (C.P. art. 44 y 93), o regulan relaciones de trabajo en el derecho interno (C.P. art. 53).

En consecuencia, frente a este tipo de leyes, el Legislador goza de una libertad menor que en relación con las leyes ordinarias, en la medida en que no puede modificar su contenido sustancial introduciendo nuevas cláusulas, pues sólo puede improbar la totalidad del tratado o de ciertas reglas. Pero, más importante aún, y por las anteriores razones, estas leyes ocupan un lugar particular en el ordenamiento, ya que no pueden ser derogadas por una ley posterior, ni pueden ser sometidas a un referendo derogatorio (C.P. art. 170), pues es necesario asegurar el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por parte del Estado colombiano (CP art. 9°).

8- Conforme a las anteriores consideraciones, si se admite que instrumentos que no son tratados sean incorporados al ordenamiento jurídico mediante leyes aprobatorias, se llega al

siguiente dilema, en el cual cualquiera de las posibilidades resulta inaceptable:

- De un lado, se puede considerar que el instrumento aprobado por la ley es aplicable en el orden interno, a pesar de no ser un tratado. Sin embargo, en tal hipótesis, esos contenidos normativos quedarían petrificados, pues no podrían ser derogados por una ley ulterior, con lo cual se afecta el principio democrático.

- De otro lado, se puede considerar que el instrumento aprobado por la ley no es aplicable en el orden interno, ya que el sentido de una ley aprobatoria es simplemente permitir la ratificación del correspondiente instrumento internacional. Sin embargo, en tal caso la ley aprobatoria es inocua, pues el documento incorporado no es un tratado, por lo cual no puede ser ratificado, ni generar obligaciones internacionales para el Estado colombiano.

Además, en tales casos tampoco parece procedente la aplicación del principio de conservación del derecho, pues la finalidad del Congreso es claramente la de aprobar un tratado, como lo muestra el propio articulado de la ley, por lo cual sería una desfiguración de la voluntad legislativa, contraria al principio mismo de conservación del derecho, que la Corte declarara exequible una ley que pretende aprobar un tratado, pero en el entendido de que no se ha aprobado un tratado.

Por todo lo anterior, la Corte concluye que una ley aprobatoria de tratado debe siempre contener un instrumento internacional susceptible de ser ratificado y de producir efectos internacionales para el país. En otras palabras, no sólo los tratados deben ser aprobados mediante una ley aprobatoria de tratados sino que, además, tales leyes, sólo pueden contener tratados, y no instrumentos jurídicos de otra naturaleza, salvo en los casos en que se trate de normas que se encuentran inescindiblemente ligadas a un tratado aprobado por la ley bajo revisión. Esto significa que el Congreso no puede utilizar la forma jurídica especial de la ley aprobatoria de tratados para regular otros temas, pues el Legislador no es totalmente libre de escoger el tipo de leyes para configurar el derecho interno, por cuanto la Constitución predetermina el contenido de ciertas formas jurídicas. Así, a guisa de ejemplo, el Legislador no puede configurar a través de ley ordinaria asuntos que deben regirse por ley estatutaria[9], ni tampoco regular temas objeto de ley orgánica a través de normas de naturaleza jurídica diferente[10]. En este orden de ideas, no es posible autorizar y declarar exequible una ley que aprueba una recomendación, como si se tratara de un tratado, por lo cual la Corte deberá retirar del ordenamiento la Ley 347 del 16 de enero de 1997.

9- Con todo, se podría sostener que en el presente caso es legítimo invocar el principio de conservación del derecho y mantener las recomendaciones en el ordenamiento, para lo cual basta que la Corte señale que la Ley 347 del 16 de enero de 1997 es una ley ordinaria. Según este argumento, el propio Gobierno, al presentar el proyecto de aprobación de las recomendaciones, estuvo consciente de la especificidad de las recomendaciones, y de que

---

9 Ver la sentencia C-145 de 1994 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, que declaró inexequible algunos apartes de la Ley 84 de 1993 por cuanto reguló, a través de una ley ordinaria, asuntos que deben ser objeto de ley estatutaria.
10 En relación con el tema de la transgresión de la reserva de ley orgánica, puede consultarse la sentencia C-600A de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

éstas no estaban sujetas a una ratificación internacional. Así, en su momento, el Ministro de Relaciones Exteriores precisó que las "recomendaciones no están sujetas al procedimiento de ratificación"[11]. Sin embargo la Corte considera que ese argumento no es de recibo, pues si bien el Ministro hizo esa precisión, lo cierto es que el proyecto se tramitó como una ley aprobatoria de un tratado, con lo cual se limitó el propio debate legislativo pues, debido a que el Gobierno escogió esa forma legal, el Congreso no podía introducir modificaciones en el texto de las recomendaciones. Además, y por las razones señaladas anteriormente, el lenguaje mismo de las recomendaciones no es verdaderamente normativo sino simplemente exhortativo, con lo cual no es claro cuál es la obra legislativa que se podría conservar. Por ello, si el Gobierno pretende cumplir sus compromisos con la OIT, y desarrollar en el plano interno las recomendaciones de esa entidad, debe proceder a estructurar en claras normas jurídicas, y en las formas legales adecuadas, las mencionadas recomendaciones.

VI. 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 **INEXEQUIBLE** la Ley 347 del 16 de enero de 1997, "por medio de la cual se aprueban las Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador", adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, por vicios de forma.

Segundo: **INHIBIRSE** para conocer del contenido sustancial de las Recomendaciones 171 sobre los servicios de salud en el trabajo; 172 sobre la utilización del asbesto en condiciones de seguridad; 173 sobre el bienestar de la gente de mar en el mar y en puerto; 174 sobre la repatriación de la gente de mar; 176 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; 178 sobre el trabajo nocturno; 179 sobre las condiciones de trabajo en los hoteles, restaurantes y establecimientos similares y 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador", adoptadas por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

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

---

11 Ver la correspondiente exposición de motivos en Gaceta del Congreso del 1° de septiembre de 1995. Año4. No 268, p 23.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA , Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO EN LA SENTENCIA C-468
septiembre 25 de 1997

LEY APROBATORIA DE RECOMENDACION DE LA ORGANIZACIÓN INTERNAL DEL TRABAJO-Improcedencia de la inconstitucionalidad/Aprobación de tratados internacionales

Señalar, como lo ha hecho la Corte, que la ley aprobatoria es inconstitucional por recaer sobre una Recomendación, con el sólo argumento de que no se trata de un instrumento vinculante para el Estado colombiano, implica -a mi modo de ver- la deducción de una consecuencia exagerada, que repercute en los alcances de la función de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, pues, si bien es cierto son las cláusulas de los tratados internacionales las que constituyen objeto primordial del control previsto en el artículo 241-10 ***Ibídem****, el examen previo de los instrumentos internacionales, en su sentido amplio, asegura la intangibilidad de la Carta Política y previene hacia el futuro eventuales choques entre la órbita internacional y la interna. Y en verdad no queda muy claro el motivo por el cual -según la Corte- el Congreso violó las normas constitucionales por el sólo hecho de haber aprobado la Recomendación, que le fue remitida por el Gobierno justamente para ese efecto. Ninguna disposición constitucional prohibe que el Congreso ejerza su función en este aspecto de manera integral, cobijando con su previo estudio y aprobación todos los instrumentos jurídicos inherentes al desarrollo y aplicación de los tratados internacionales, entre otras razones por la muy importante de que, bajo la apariencia de otros actos no denominados "tratados", pueden ser éstos modificados o adicionados "de hecho", o en tales instrumentos pueden aparecer en realidad reglas que deberían ser propias de ellos.*

RECOMENDACION DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Exclusión de control de constitucionalidad

En una Recomendación de la O.I.T o de cualquier otro organismo internacional pueden existir proposiciones, propuestas o llamados que el Gobierno Nacional u otras autoridades tomen como facultades o atribuciones que les permitan actuar en determinado sentido opuesto a la Constitución Política. El no pasar por el tamiz de la aprobación del Congreso y, en consecuencia, al estar excluidas del control constitucional que ejerce la Corte, se tendría expedita la vía para superponer los contenidos de las recomendaciones, aplicándolos en la práctica por encima de la Constitución o sin importar sus mandatos.

Referencia: Expediente L.A.T.-097

Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Por considerar que la Corte ha debido sostener la posición doctrinal fijada en la Sentencia C-280 del 5 de junio de 1997 (M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara) y no lo hizo, aclaro mi voto.

En tal oportunidad la Corte no declaró la inexequibilidad de la Ley revisada, aprobatoria de una Recomendación de la O.I.T, y optó por afirmar que, vinculado como estaba dicho instrumento a un Convenio de la misma Organización, era susceptible de revisión constitucional en cuanto significaba desarrollo y concreción de aquél e imponía ciertas obligaciones al Estado colombiano.

Dijo entonces la Corporación que, dado el carácter de instrumento internacional que compromete la voluntad de los Estados, los convenios de la OIT deben ser objeto de control constitucional formal y material.

En cuanto a las recomendaciones -aclaró-, deberán ser comunicadas a los Estados para su examen, a fin de ponerlas en ejecución por medio de la legislación nacional. Y su coercibilidad dependerá de la forma, términos y obligatoriedad que le den las normas del Derecho Interno, de acuerdo con la competencia del correspondiente Estado, "y en la medida en que ella no desconozca o vulnere ningún precepto del orden constitucional, deberá declararse su conformidad con la Carta Política".

En mi concepto, tales directrices han debido conservarse y tenían que ser aplicadas en el presente caso, entrando la Corte en el análisis de fondo sobre el contenido de las recomendaciones de la O.I.T. aprobadas por el Congreso, para definir si en alguna medida podían quebrantar la Constitución Política.

Pese a su carácter no obligatorio, la Corte Constitucional no puede excluir de antemano las posibilidades de que en este tipo de actos se consagren elementos que, aplicados por las autoridades colombianas en el plano interno, riñan con los postulados o preceptos de la Carta Política.

Señalar, como lo ha hecho la Corte, que la ley aprobatoria es inconstitucional por recaer sobre una Recomendación, con el sólo argumento de que no se trata de un instrumento vinculante para el Estado colombiano, implica -a mi modo de ver- la deducción de una consecuencia exagerada, que repercute en los alcances de la función de guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, pues, si bien es cierto son las cláusulas de los tratados internacionales las que constituyen objeto primordial del control previsto en el artículo 241-10 **Ibídem**, el examen previo de los instrumentos internacionales, en su sentido amplio, asegura la intangibilidad de la Carta Política y previene hacia el futuro eventuales choques entre la órbita internacional y la interna. Y en verdad no queda muy claro el motivo por el cual -según la Corte- el Congreso violó las normas constitucionales por el sólo hecho de haber

aprobado la Recomendación, que le fue remitida por el Gobierno justamente para ese efecto. Ninguna disposición constitucional prohibe que el Congreso ejerza su función en este aspecto de manera integral, cobijando con su previo estudio y aprobación todos los instrumentos jurídicos inherentes al desarrollo y aplicación de los tratados internacionales, entre otras razones por la muy importante de que, bajo la apariencia de otros actos no denominados "tratados", pueden ser éstos modificados o adicionados "de hecho", o en tales instrumentos pueden aparecer en realidad reglas que deberían ser propias de ellos.

Igualmente, preocupa el hecho de que, mediante decisiones como la presente, la Corte termine inhibiéndose para efectuar la revisión sustancial de constitucionalidad en tales casos.

Y es que en una Recomendación de la O.I.T o de cualquier otro organismo internacional pueden existir proposiciones, propuestas o llamados que el Gobierno Nacional u otras autoridades tomen como facultades o atribuciones que les permitan actuar en determinado sentido opuesto a la Constitución Política. El no pasar por el tamiz de la aprobación del Congreso y, en consecuencia, al estar excluidas del control constitucional que ejerce la Corte, se tendría expedita la vía para superponer los contenidos de las recomendaciones, aplicándolos en la práctica por encima de la Constitución o sin importar sus mandatos.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

SENTENCIA SOBRE OBJECIONES PRESIDENCIALES SEPTIEMBRE 1997

SENTENCIA No. C-466
septiembre 25 de 1997

LEY DE AUTORIZACIONES-Concepto

La ley de autorizaciones se ha entendido como el beneplácito legislativo para que el Gobierno ejerza una función propia dentro de su ámbito constitucional. Por lo tanto, el ejercicio mismo de la actividad contractual es una facultad privativa del Gobierno, que debe contar con la aprobación del Congreso, como manifestación del ejercicio coordinado y armónico de la función pública.

CONGRESO-Atribución al ejecutivo para celebrar contratos/**CONGRESO**-No puede imponer al Ejecutivo la celebración de un contrato

Frente a la facultad para celebrar contratos creadores de situaciones jurídicas concretas, la Constitución faculta al Legislador para que permita al Gobierno que se vincule jurídicamente y por ende se obligue en el campo contractual. Sin embargo, la Carta no autoriza que el Legislador le imponga al Ejecutivo la celebración de un contrato específico, pues la autorización del Congreso está sometida a la realización de un acto de naturaleza administrativa.

PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO

Según el principio de "conservación del derecho", los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático[1]*. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento.*

COMPRAVENTA DE INMUEBLES POR EL GOBIERNO-No requiere autorización expresa del Congreso/**CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA**-Improcedencia

Los contratos que celebre la Nación, sobre adquisición de inmuebles, cuya escogencia

---

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

del contratista podrá hacerse por contratación directa, no requiere en principio de autorización expresa por el Congreso de la República, toda vez que el Gobierno es autónomo en la compraventa de inmuebles. Por lo tanto, no parece procedente efectuar una constitucionalidad condicionada para mantener una disposición que, debido a la sentencia interpretativa, pierde su eficacia normativa, pues la Corte no estaría conservando ninguna obra del Legislador.

REPARTO DE COMPETENCIA ENTRE LA NACION Y LOS MUNICIPIOS/ CASA DE CULTURA-Compraventa y dotación corresponde al municipio/**PRINCIPIO DE AUTONOMIA TERRITORIAL**-Respeto

Es inconstitucional que el Gobierno efectúe gastos para realizar obras que están destinadas a cubrir actividades que, según la Ley 60 de 1993, corresponde adelantar a los municipios con recursos transferidos[2]*, por cuanto el artículo 21 de la Ley 60 de 1993, norma de carácter orgánico, efectuó un reparto de competencias entre la Nación y los municipios, la compraventa y dotación de una casa de la cultura corresponde a una función atribuida a los municipios, pues el ordinal 11 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993 dispone que la participación de los municipios.*

Referencia: Expediente O.P.-018. Objeciones al proyecto de ley No. 196/95 Senado, 329/95 Cámara, "por el cual la nación honra la memoria del escritor y poeta nariñense Emilio Bastidas, en el vigésimo aniversario de su fallecimiento."

Temas:
Competencia del gobierno para celebrar contratos y leyes de autorizaciones.
El respeto por el principio de autonomía territorial implica para la Nación, el deber de abstención en la ejecución de obras propias del ámbito local.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

2 Ver sentencias C-017/97 y C-324/97.

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio de fecha 19 de agosto y recibido el 1° de septiembre del año en curso, con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 167 de la Carta Política, el Presidente del Senado de la República remitió a esta Corporación el Proyecto de Ley N° 196/95 Senado -329/95 Cámara "Por el cual la nación honra la memoria del escritor y poeta nariñense Emilio Bastidas, en el vigésimo aniversario de su fallecimiento", el cual fue objetado por el Presidente de la República por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia, y se radicó en la Corte como expediente OP-018.

El trámite legislativo del proyecto de ley fue el siguiente:

1. El proyecto de ley fue presentado ante la Secretaría General del Senado de la República el día 29 de noviembre de 1995, por el Senador Luis Eladio Pérez Bonilla.

2- El día 29 de mayo de 1996 se dio el primer debate al Proyecto de Ley N° 196/95 Senado, en la Comisión Segunda Constitucional Permanente del Senado, y se aprobó. El segundo debate se surtió en la sesión plenaria del Senado el 18 de junio de 1996.

3- El proyecto fue remitido a la Cámara en donde le correspondió el N° 329/96 Cámara y recibió primer debate en la Comisión Segunda Constitucional Permanente el 30 de octubre de 1996. Luego de ser aprobado, se surtió el segundo debate en la Plenaria el 11 de diciembre de 1996.

4- Aprobado el Proyecto de Ley N°329/96 Cámara, el Secretario General de esa Corporación lo remite, el 12 de diciembre de 1997, mediante oficio N° S.L. 1410/96 al Sr. Secretario General del Senado, quien lo envía para la correspondiente sanción presidencial por medio del oficio de fecha 13 de diciembre de 1996, con sus respectivos anexos y antecedentes legislativos.

5- El Presidente de la República recibió el proyecto el 17 de diciembre de 1996 y devolvió el expediente legislativo el 24 de ese mismo mes al Presidente del Senado, sin la sanción, con objeciones de naturaleza constitucional y de conveniencia.

6- Las mesas directivas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, ante las objeciones del proyecto de ley por parte del Presidente de la República, conformaron una Comisión Accidental cuyo informe de insistencia fue considerado y aprobado en la Plenaria del H. Senado de la República el 3° de junio de 1997, y en la Plenaria de la H. Cámara de Representantes el 12 de agosto de 1997. El 1° de septiembre de 1997, el Presidente del Senado de la República remitió el Proyecto a esta Corte para que decida sobre su exequibilidad.

II. TEXTO DE LA NORMA OBJETADA

El proyecto de ley objetado establece:

LEY N° "POR EL CUAL LA NACION HONRA LA MEMORIA DEL ESCRITOR Y POETA NARIÑENSE EMILIO BASTIDAS, EN EL VIGESIMO ANIVERSARIO DE SU FALLECIMIENTO"

EL CONGRESO DE COLOMBIA
DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: El Congreso de Colombia honra y exalta la memoria del poeta y escritor Nariñense EMILIO BASTIDAS, autor de una importante obra literaria, reconocida, premiada y estudiada en Colombia y en el exterior, al cumplirse el 30 de mayo de 1996 los 20 años de su fallecimiento.

ARTICULO SEGUNDO: En cumplimiento del ordinal 16 del Artículo 150 de la Constitución Nacional, créase en Samaniego, Nariño lugar de nacimiento del ilustre poeta y escritor, la Casa de la Cultura "Emilio Bastidas" en la casa en donde él vivió y que para éste fin será adquirida por la Nación, casa que ha sido distinguida con una placa en homenaje a su obra literaria por la Casa de Poesía Silva de Bogotá.

ARTICULO TERCERO: La Casa de la Cultura "Emilio Bastidas" para su adecuado funcionamiento contará con Biblioteca, Sala Múltiple, Sala de Música y una Emisora Cultural.

ARTICULO CUARTO: La Casa de la Cultura tendrá una Junta Administradora integrada por:

1. El Alcalde Municipal o su delegado
2. Un Delegado del Concejo Municipal
3. El Rector del Colegio Nacional "Simón Bolivar"
4. La Rectora o Directora del instituto de orientación femenina.
5. Por el Director de la Escuela "San Luis Gonzaga"
6. El Director de la Casa de la Cultura que será un profesor de Literatura del Colegio "Simón Bolivar", escogido por sus colegas del área.

ARTICULO QUINTO: Autorízase al Gobierno Nacional para que se asocie a la conmemoración ordenada por la presente ley, mediante la realización, así como obras que se enumeran a continuación, así como para efectuar los créditos, contracréditos y traslados presupuestales necesarios:

A.- Compra, remodelación y dotación del inmueble para el funcionamiento de la Casa de la Cultura "Emilio Bastidas", de que trata el artículo 2° de la presente ley.

B.- Elaboración de un óleo del poeta y escritor, Emilio Bastidas que será colocado en el Salón Principal de la Casa de la Cultura.

C.- Elaboración de un busto de bronce de Emilio Bastidas que se colocará en la entrada principal de la Casa de la Cultura.

D.- Dotación e instalación de la emisora cultural.

E.- Dotación de la biblioteca.

F.- Publicación por el Congreso Nacional de la obra literaria de Emilio Bastidas y de las monografías que se han hecho sobre ellas.

ARTICULO SEXTO: La presente ley rige a partir de su promulgación.

Siguen firmas...

III. OBJECIONES DEL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

A juicio del Gobierno, los artículos 2° y 5° literal a) del proyecto violan los artículos 150-9 y 154-2 de la Constitución Política, pues ordenan al Ejecutivo la celebración de un contrato de compraventa con objeto específico, lo cual limita la actuación del Gobierno y se convierte en una injerencia inconstitucional del Legislador, como quiera que el Congreso sólo está facultado para otorgar una ley de autorización. A lo anterior, el Presidente de la República agrega que de considerarse que los artículos objetados configuran una autorización gubernamental, de todos modos son inconstitucionales, toda vez que el proyecto de ley no contó con la iniciativa del ejecutivo, tal y como lo exige el artículo 154-2 de la Constitución.

De otro lado, el Ejecutivo señala que el proyecto de ley es inconveniente, pues se pretende asignarle a la Nación la construcción de obras propias del desarrollo local, con lo cual se hace inoperante el proceso de descentralización.

IV. LA INSISTENCIA DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA

El Congreso de la República insistió en la aprobación del presente proyecto pues consideró infundadas las objeciones presidenciales. Según su criterio, la cláusula general de competencia faculta al Legislador para proponer proyectos que decreten inversiones públicas y, por ende que generen gasto público, pues se entiende que ese gasto sólo podrá hacerse efectivo si posteriormente se incluye en la respectiva ley de presupuesto.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En su concepto de rigor, el Ministerio Público considera que son fundadas las objeciones del Ejecutivo respecto de los artículos objetados, por lo cual solicita a la Corte que declare la inconstitucionalidad de los artículos impugnados.

El Procurador considera que si bien la Constitución autoriza al Legislador a honrar la memoria de ciudadanos que hayan prestado servicios a la patria, esta facultad no puede desconocer el reparto de competencias entre la Nación y los municipios en materia cultural, como quiera que a esas entidades territoriales les corresponde la ejecución de obras de tal naturaleza. Para sustentar su argumento, la Vista Fiscal estudia los artículos 311, 313-9, 315-5 y 357 de la Constitución y, el ordinal 11 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993 en donde se dispone que la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se destinarán a "la construcción, mantenimiento y rehabilitación de casas de cultura, bibliotecas y museos municipales, y apoyo financiero a eventos culturales.."

Como consecuencia de lo anterior, el Procurador General considera que a pesar de no haber sido objetados los artículos 3° y 4° del proyecto de ley, la Corte debe declarar inconstitucionales dichas disposiciones, toda vez que su contenido se relaciona íntimamente, y por ello integran una unidad normativa, con lo establecido en los artículos objetados.

VI. FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las objeciones presentadas por el Presidente de la República, según lo dispuesto en los artículos 167, inciso 4°, y 241 numeral 8° de la Carta Política.

El trámite de las objeciones y de la insistencia.

2. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación y al artículo 166 de la Carta, el Gobierno dispone del término de seis (6) días hábiles[3] para devolver con objeciones cualquier proyecto, cuando no conste de más de veinte artículos. El proyecto de la referencia cuenta con seis artículos. El gobierno lo recibió el 17 de diciembre de 1996 y lo devolvió el 24 de diciembre del mismo año, luego el Presidente actuó dentro del término establecido por la norma superior.

3- Una vez recibido el pliego de objeciones presidenciales, las cámaras nombraron ponentes para su estudio. El informe solicitando el rechazo de las objeciones fue entonces aprobado en la Plenaria del Senado de la República el 3 de junio de 1996 y en la Plenaria de la Cámara de Representantes el 12 de agosto de 1997. En consecuencia, el procedimiento del Congreso se ciñó al trámite previsto en el artículo 167 de la Constitución, por lo tanto corresponde a esta Corporación decidir sobre la exequibilidad del proyecto de ley, según las objeciones presentadas.

Atribución del Ejecutivo para celebrar contratos y ley de autorización

3 Sobre el término de 6 días hábiles pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-268 de 1995, C-380 de 1995, C-292 de 1996 y C-028/97

4. Según criterio del gobierno, los artículos del proyecto de ley objetados ordenan a la Nación la celebración de un contrato de compraventa, lo que a su juicio es inconstitucional, pues contraría el numeral 23 del artículo 189 de la Constitución, de acuerdo con el cual la facultad para celebrar contratos es propia del Presidente de la República, por lo cual el Congreso, en una ley de autorización, debe limitarse a expresar su consentimiento o desacuerdo frente al contrato, pero no puede ordenar su ejecución. Por el contrario, el Congreso considera que el proyecto de ley está conforme a la Carta, toda vez que la cláusula general de competencia del Legislador permite que ese órgano pueda proponer proyectos que decreten inversiones públicas y, por ende que generen gasto público. Por ello, entra la Corte a analizar si la Constitución le atribuye al Presidente de la República, como facultad propia, la decisión de celebrar contratos.

5. Es claro que los artículos 2° y el numeral a) del 5° del proyecto de ley objetado constituyen un encargo de naturaleza imperativa, que se dirige al Ejecutivo, para que celebre un contrato de compraventa y en consecuencia adquiera un inmueble específico cuya destinación también es precisa. Ahora bien, de acuerdo con el numeral 23 del artículo 189, en concordancia con el numeral 9° del artículo 150 de la Constitución, le corresponde al Gobierno la celebración de contratos con sujeción a la ley, para lo cual deberá contar con previa autorización del Congreso de la República, a través de una ley que lo permita. Por lo tanto, aquí surge una pregunta obvia: ¿el Legislador puede ordenar la celebración de un contrato si la decisión de comprometerse es una facultad exclusiva del Gobierno? Dicho de otro modo, ¿la facultad legislativa de autorizar la celebración de un contrato puede implicar una orden al ejecutivo para la realización de un contrato específico? Para resolver el anterior interrogante, la Corte debe estudiar qué se entiende por ley de autorizaciones para así determinar hasta donde llega la facultad constitucional del Congreso para permitir la realización de un contrato a nombre de la Nación.

6. La introducción del concepto de ley de autorizaciones en la Carta de 1991 corresponde a una tradición constitucional, pues el artículo 76 numeral 11 de la Constitución de 1886 otorgaba al Congreso la facultad para conceder autorizaciones al Gobierno para la celebración de contratos, como quiera que la creación de vínculos jurídicos individuales siempre se han considerado como asuntos propios de la mecánica de ejecución de programas gubernamentales, por lo cual son asuntos de la naturaleza administrativa del gobierno. Por consiguiente, la ley de autorizaciones se ha entendido como el beneplácito legislativo para que el Gobierno ejerza una función propia dentro de su ámbito constitucional. Por lo tanto, el ejercicio mismo de la actividad contractual es una facultad privativa del Gobierno, que debe contar con la aprobación del Congreso, como manifestación del ejercicio coordinado y armónico de la función pública. Así, la Corte Suprema de Justicia definió la naturaleza jurídica de la ley de autorizaciones de la siguiente manera:

"Y en relación con el ordinal 11 del mismo artículo 76, se tiene: la Corte ha manifestado el criterio de que cuando el citado precepto permite al Congreso conceder autorizaciones al Gobierno para los efectos en él indicados, se refiere, de manera exclusiva, a funciones de carácter administrativo, de aquellas que, naturalmente entran en la esfera propia del Gobierno, pero respecto a las cuales, la Constitución prescribe cierta par-

ticipación del Legislador"[4]

En el mismo sentido, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

(...) leyes de autorizaciones, noción constitucional elaborada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales desde la Reforma Constitucional de 1968, que permite que el Congreso de la República pueda establecer condiciones y límites precisos y detallados para el ejercicio de esta facultad administrativa del Ejecutivo; resulta, pues, que el constituyente dejó en manos del legislador la competencia para definir las condiciones y requisitos, los objetivos, fines y controles pertinentes y predicables de la función del jefe del poder ejecutivo, prevista en el numeral 15 que se comenta, para que aquel establezca un régimen razonable y armónico, lo mismo que preciso y reglado, para regular el ejercicio de esta competencia del Presidente de la República."[5]

7. De lo anteriormente expuesto se colige que, frente a la facultad para celebrar contratos creadores de situaciones jurídicas concretas, la Constitución faculta al Legislador para que permita al Gobierno que se vincule jurídicamente y por ende se obligue en el campo contractual. Sin embargo, la Carta no autoriza que el Legislador le imponga al Ejecutivo la celebración de un contrato específico, pues la autorización del Congreso está sometida a la realización de un acto de naturaleza administrativa. Por lo tanto, los artículos impugnados transgreden la Constitución.

Improcedencia de una constitucionalidad condicionada.

8- A pesar de lo anterior, podría argumentarse que la Corte debería mantener en el ordenamiento las normas objetadas, para lo cual bastaría que esta Corporación señalara que las disposiciones deben ser interpretadas como una ley de autorización para la celebración de un contrato específico. Esta posibilidad encontraría sustento en el principio de "conservación del derecho", según el cual, los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático[6]. Por ello si una disposición admite una interpretación acorde con la Carta, es deber de esta Corte declararla exequible de manera condicionada, y no retirarla del ordenamiento. Sin embargo la Corte considera que en este caso no procede aplicar tal principio, por las siguientes dos razones.

De un lado, una ley de autorizaciones para el efecto de una compraventa de un inmueble por el Gobierno parece inocua. En efecto, quienes tienen competencia para celebrar contratos estatales deben estar autorizados por la Constitución y la ley. No obstante, las autorizaciones pueden ser de dos clases. La general, es una aprobación que otorga el Legislador por tiempo indeterminado y no se agota con la celebración de un compromiso específico, tal es el caso del Estatuto de la Contratación administrativa (C.P. art. 150). Por el contrario, la autorización particular es aquella que se concede al funcionario para que realice un

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de abril 3 de 1973.
5 Sentencia C-262 de 1995. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
6 Ver, entre otras, las sentencias C-100/96. Fundamento Jurídico No 10 y C-065/97.

contrato específico, por ende una vez celebrado el contrato, el permiso se agota. Este tipo de autorizaciones se disponen de manera explícita en el Estatuto de la Contratación. A guisa de ejemplo se tiene que el artículo 32-5 de la Ley 80 de 1993 dispone que las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia "cuando así lo autorice la ley, la Asamblea Departamental, o el Concejo Municipal, según el caso.". En este orden de ideas, los contratos que celebre la Nación, (como es el caso que nos ocupa) sobre adquisición de inmuebles, cuya escogencia del contratista podrá hacerse por contratación directa (art. literal e) del artículo 25 de la Ley 80 de 1993), no requiere en principio de autorización expresa por el Congreso de la República, toda vez que el Gobierno es autónomo en la compraventa de inmuebles. Por lo tanto, no parece procedente efectuar una constitucionalidad condicionada para mantener una disposición que, debido a la sentencia interpretativa, pierde su eficacia normativa, pues la Corte no estaría conservando ninguna obra del Legislador. Eso sucede en este caso, pues si las disposiciones objetadas se entienden como una orden de contratar al Gobierno, entonces son inconstitucionales. Pero si se entienden como una simple autorización, entonces son inocuas normativamente. Por consiguiente, la decisión correcta es declarar su inexequibilidad.

9- De otro lado, tampoco es posible mantener en el ordenamiento las disposiciones objetadas mediante una sentencia interpretativa, pues ellas se encuentran afectadas por otros vicios de inconstitucionalidad. Así, el Gobierno objetó por inconveniencia el hecho de que esta ley estableciera, con recursos del presupuesto nacional, un gasto que corresponde a los municipios. Sin embargo, la Corte considera que este argumento no es únicamente de inconveniencia sino que afecta la constitucionalidad misma de la disposición. En efecto, en varias decisiones precedentes, esta Corporación ha señalado que es inconstitucional que el Gobierno efectúe gastos para realizar obras que están destinadas a cubrir actividades que, según la Ley 60 de 1993, corresponde adelantar a los municipios con recursos transferidos[7], por cuanto el artículo 21 de la Ley 60 de 1993, norma de carácter orgánico, efectuó un reparto de competencias entre la Nación y los municipios, y expresamente señaló en su parágrafo:

En el Presupuesto General de la Nación, no podrán incluirse apropiaciones para los mismos fines de que trata este artículo, para ser transferidas a las entidades territoriales, diferentes a las participaciones reglamentadas en este capítulo, sin perjuicio de las apropiaciones presupuestales para la ejecución de funciones a cargo de la nación con participación de las entidades territoriales, y de las partidas de cofinanciación para programas en desarrollo de funciones de competencia exclusiva de las entidades territoriales

Ahora bien, y como bien lo señala la Vista Fiscal, la compraventa y dotación de una casa de la cultura corresponde a una función atribuida a los municipios, pues el ordinal 11 del artículo 21 de la Ley 60 de 1993 dispone que la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación se destinará, entre otras cosas, a "la construcción, mantenimiento y rehabilitación de casas de cultura, bibliotecas y museos municipales, y apoyo financiero a eventos culturales." Además, no se presenta ninguna de las excepciones previstas por

7 Ver sentencias C-017/97 y C-324/97.

el parágrafo del artículo 21 de la Ley 60 de 1993. Así, el gasto de compra de esa casa de la cultura no se efectuaría dentro del marco de procesos de cofinanciación, ni la función de dotar y mantener las casas de la cultura municipales se encuentra a cargo de la Nación. En efecto, si bien el artículo 23 de la Ley 397 de 1997, por medio de la cual se crea el Ministerio de la Cultura, señala que ese ministerio debe apoyar las casas de la cultura, ello no significa que la construcción y dotación de las mismas a nivel municipal sea una función a cargo de la Nación. Es más, el artículo 25 de esa misma ley precisa que los municipios asignarán a las actividades culturales, y prioritariamente a las casas de la cultura y a las bibliotecas, al menos un dos por ciento de los recursos provenientes de las transferencias. Por todo ello no es posible que el Gobierno Nacional dedique recursos nacionales para los efectos previstos por los artículos objetados.

10- Por las anteriores razones, no es posible mantener en el ordenamiento las disposiciones objetadas, por lo cual ellas serán declaradas inexequibles. Ahora bien, estas normas señalaban que el Gobierno procedería a comprar y dotar una instalación locativa para la Casa de la Cultura "Emilio Bastidas". Por consiguiente, si esas disposiciones son declaradas inexequibles, resulta también necesario efectuar unidad normativa, como lo sugiere la Vista Fiscal, con todas aquellas otras normas del proyecto objetado que presuponen la existencia de esa casa de la cultura. Por ello se efectuará unidad normativa con el artículo 3° del proyecto, que señala cuáles son los diferentes espacios locativos y de servicios que comprende esa casa de la cultura, a saber una biblioteca, una sala múltiple, una sala de música y una emisora cultural. Por las mismas razones, también se decretará la inexequibilidad de los literales b), c), d) y e) del artículo 5°, pues estas normas autorizan al Gobierno a efectuar las apropiaciones presupuestales necesarias para dotar esos distintos componentes de esa casa de la cultura. Y, finalmente, también se declarará la inexequibilidad del artículo 4°, que señala la integración de la Junta Administradora de la mencionada casa de la cultura.

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 **INEXEQUIBLES** los artículos 2° artículos 3°. 4° y 5° literales a). b), c), d) y e) del proyecto de ley No. 196/95 Senado, 329/95 Cámara, "por el cual la nación honra la memoria del escritor y poeta nariñense Emilio Bastidas, en el vigésimo aniversario de su fallecimiento",.

Segundo.- Teniendo en cuenta que el proyecto de No. 196/95 Senado, 329/95 Cámara, "por el cual la nación honra la memoria del escritor y poeta nariñense Emilio Bastidas, en el vigésimo aniversario de su fallecimiento" es parcialmente inexequible, por Secretaría General envíese el expediente al Secretario General del Senado de la República para que dé aplicación a lo previsto en el artículo 167 de la Constitución.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del

Congreso, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE TUTELA SEPTIEMBRE 1997

SENTENCIA No. T-419
septiembre 4 de 1997

DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

Como lo ha reiterado esta Corporación, el núcleo esencial del derecho de petición comprende la respuesta pronta y oportuna a la reclamación que se formula ante la respectiva autoridad, pues de nada serviría dirigirse a ellas si no resuelven o se reservan el sentido de lo decidido. Así pues, la respuesta para que 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, ya que el derecho fundamental del que se trata comprende la posibilidad de conocer, transcurrido el término legal, la contestación de la entidad a la cual se dirigió la solicitud.

CESANTIA PARCIAL-Reconocimiento no puede supeditarse a disponibilidad presupuestal

Se reitera la jurisprudencia afirmando que el reconocimiento de las cesantías parciales no puede estar supeditado a la disponibilidad presupuestal, por cuanto "independientemente de que existan o no los recursos asignados para el efecto, lo cierto es que el derecho subjetivo no nace de la posibilidad o no de pago efectivo de la obligación a cargo de la administración, pues absurdo sería atar el derecho mismo, a la capacidad de pago del deudor, ya que independientemente de que éste quiera o pueda pagar, el derecho nace de la ocurrencia de otro tipo de circunstancias".

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente 133341

Peticionario: Edilberto Angel María González Acosta

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D. C., septiembre primero (1) de mil novecientos noventa y siete (1997).

En cumplimiento de lo ordenado por el artículo 241 numeral 9°,de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, remitió a la Corte Constitucional el expediente contentivo de la acción de tutela de la referencia, para la revisión constitucional del fallo proferido por dicho despacho, el 16 de abril de 1997.

I. ANTECEDENTES

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 la actuación que dio lugar a la acción de tutela promovida por Edilberto Angel María González Acosta contra el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda, FAVIDI.

Los hechos son narrados así:

El actor radicó ante la entidad demandada una solicitud de cesantías parciales mediante escrito de 13 de diciembre de 1996. Ha insistido en varias ocasiones para que se dé cumplimiento a ello y ha sido imposible que le resuelvan su petición. Considera vulneradas las garantías constitucionales contenidas en los artículos 23 y 25 superiores y solicita en consecuencia, que se resuelva su petición, y se ordene al señor Gerente de FAVIDI, el reconocimiento y pago de las cesantías parciales impetradas con sus respectivos intereses moratorios.

En informe presentado al Juzgado, la parte demandada hizo uso de la prescripción que trae la ley 344 de 1996, en su artículo 14 referida al reconocimiento de cesantías parciales siempre y cuando exista apropiación presupuestal disponible para el efecto. Lo anterior para indicar, que en esa entidad, las solicitudes para pago de cesantías se resuelven en estricto orden cronológico y de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

II. DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA.

El juzgado Décimo Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá resolvió la primera y única instancia de este proceso, negando la tutela impetrada por considerar que de acuerdo al artículo 86 de la Constitución, la tutela solo procederá cuando el actor no disponga de otro medio de defensa judicial., salvo los eventos de perjuicio irremediable que desenvocan en una protección transitoria. De conformidad con el decreto 306 de 1992, por el cual se reglamentó el decreto 2591 de 1991, las cesantías parciales y las acreencias laborales en general, no se protegen mediante tutela sino por los mecanismos que ofrecen las acciones ordinarias laborales o la contenciosa administrativa.

III.CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la sentencia del juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Violación del derecho de petición.

A pesar de que el fallo de instancia concentra su decisión en el hecho de que por vía de tutela no es posible obtener el reconocimiento de cesantías parciales, la Corte encuentra que existió violación al derecho de petición, toda vez que han transcurrido varios meses, sin que el actor hubiera obtenido respuesta alguna a la solicitud que elevó ante el Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, FAVIDI.

Como lo ha reiterado esta Corporación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 23 de la Carta Política, el núcleo esencial del derecho de petición comprende la respuesta pronta y oportuna a la reclamación que se formula ante la respectiva autoridad, pues de nada serviría dirigirse a ellas si no resuelven o se reservan el sentido de lo decidido. Así pues, la respuesta para que 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, ya que el derecho fundamental del que se trata comprende la posibilidad de conocer, transcurrido el término legal, la contestación de la entidad a la cual se dirigió la solicitud.

Ahora bien, en varias oportunidades se ha detenido esta Corporación a considerar específicamente el derecho de petición ligado a las solicitudes de cesantías parciales, al igual que las respuestas que se obtienen por parte de las entidades, que como en el caso en estudio, apelan a la carencia de disponibilidad presupuestal amparados en lo dispuesto por el artículo 14 de la ley 344 de 1996 para no acceder a su reconocimiento.

A este respecto, se reitera la jurisprudencia afirmando que el reconocimiento de las cesantías parciales no puede estar supeditado a la disponibilidad presupuestal, por cuanto "independientemente de que existan o no los recursos asignados para el efecto, lo cierto es que el derecho subjetivo no nace de la posibilidad o no de pago efectivo de la obligación a cargo de la administración, pues absurdo sería atar el derecho mismo, a la capacidad de pago del deudor, ya que independientemente de que éste quiera o pueda pagar, el derecho nace de la ocurrencia de otro tipo de circunstancias"(Cfr. sentencias T-228 y T-363 de 1997, Sala Quinta de Revisión)

Igualmente, en lo que tiene que ver con la preceptiva 14 de la ley 344 de 1996, también se ha señalado lo siguiente:

"Para la Corte Constitucional es claro que, si bien, como lo ha sostenido invariablemente en su jurisprudencia, no debe producirse erogación alguna de parte del Estado con cargo al tesoro público si no existe la correspondiente provisión presupuestal, de ésta no depende la decisión administrativa sobre el derecho que pueda tener el trabajador al reconocimiento de lo que se le adeuda por concepto de una determinada prestación que el sistema jurídico le otorga.

"En otros términos, la circunstancia coyuntural de la falta de una partida suficiente en el presupuesto constituye óbice para el pago inmediato pero de ninguna manera puede erigirse en obstáculo para que la administración determine si el derecho existe en el caso concreto, ni tampoco para que proceda a su liquidación, ni para

que inicie los indispensables trámites, con miras a futuras provisiones presupuestales respecto de vigencias posteriores, o a las adiciones necesarias en la que se ejecuta.

"Así, en el asunto que se examina, los solicitantes tenían derecho, con base en el artículo 23 de la Constitución, a que la Administración Judicial les resolviera sin demora, es decir, dentro de los términos legales, si tenían o no derecho al pago de sus cesantías parciales. Otra cosa era la disponibilidad actual del Estado para pagarles de modo inmediato, según el Presupuesto de la vigencia respectiva. Reconocer que tenían el derecho en ese momento no equivalía al pago pero implicaba, como surge de la Constitución, que se hiciera lo necesario para atender a esas obligaciones en el período siguiente o, inclusive, dentro del mismo que se venía ejecutando, mediante procedimientos legalmente contemplados, como las adiciones presupuestales.

(...)

"...si la ley anterior ha autorizado que los trabajadores reclamen sus cesantías parciales cumpliendo ciertos requisitos, es posible prever presupuestalmente los gastos que puedan derivarse del ejercicio de ese derecho en un determinado período y hacer provisiones para atender los eventuales requerimientos que durante él surjan al respecto.

"Lo que no se permite es decretar el gasto en concreto sin que tal provisión exista para una cierta vigencia ya que, según el artículo 345 de la Carta, no puede hacerse erogación con cargo al erario sin que la partida correspondiente se halle realmente incluida en el presupuesto de gastos.

"No se oculta a la Corte que, al momento de proferir este fallo, está vigente el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, que dice:

*"**Artículo 14.** Las cesantías parciales o anticipos de cesantías de los servidores públicos, sólo podrán reconocerse, liquidarse y pagarse cuando exista apropiación presupuestal disponible para tal efecto, sin perjuicio de que en los presupuestos públicos anuales se incluyan las apropiaciones legales para estos efectos y para reducir el rezago entre el monto de solicitudes y los reconocimientos y pagos, cuando existan. En este caso, el rezago deberá reducirse al menos en un 10% anual, hasta eliminarse".*

*"Basta verificar su incompatibilidad con claros preceptos constitucionales para concluir que la transcrita disposición, en cuanto hace a la liquidación y reconocimiento de prestaciones, como la cesantía, es inconstitucional, puesto que ignora de manera protuberante el artículo 43 de la Carta, a cuyo tenor "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana **ni los derechos de los trabajadores**" (subraya la Corte). Para todo trabajador es un verdadero derecho el que tiene a pedir que se le liquiden y reconozcan sus prestaciones sociales, entre ellas la cesantía, total o parcial, cuando cumple los*

requisitos contemplados en la ley, independientemente de la existencia de partidas presupuestales. Pero, además, existe una evidente contradicción entre esa norma legal, en lo que concierne a la liquidación y reconocimiento, y el artículo 345 de la Carta Política, que refiere la prohibición en él contenida exclusivamente ***a las erogaciones*** *con cargo al tesoro no incluidas en el Presupuesto.*

"Con arreglo al artículo 4 de la Constitución Política, esta Corte inaplicará las palabras "reconocerse, liquidarse y...", incluidas en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, y aplicará, a cambio de ellas, lo previsto en los artículo 53 y 345 de la misma Carta" (Cfr. Sentencia T-206 de 1997,Sala Quinta de Revisión)"

Así, pues, si la autoridad pública encuentra que el solicitante cumple todos los requisitos para el reconocimiento de una prestación -asunto que no entrará a examinar esta Sala por falta de competencia para establecerlo-, aquélla está en la obligación de reconocer el derecho, con independencia de que existan recursos disponibles para hacer efectivo su pago, si encuentra configurados los requisitos que la ley señala.

Visto lo anterior, y teniendo en cuenta que el juez de tutela no es la autoridad pública llamada a establecer si el demandante cumple o no los requisitos legales para que le sea reconocido su derecho a las cesantías parciales, cuestión que deberá examinar la administración, esta Sala ordenará al Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, FAVIDI que resuelva -afirmativa o negativamente- la solicitud formulada por el peticionario, pero advirtiendo que la falta de disponibilidad presupuestal no es una excusa válida para negar el reconocimiento de un derecho subjetivo.

IV. DECISION

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. REVOCAR el fallo del dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y siete(1997) proferido por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Segundo. CONCEDER la tutela del derecho fundamental de petición. En consecuencia, se ordena al Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital, FAVIDI, que si ya no lo hubiere hecho, proceda a resolver de fondo, -afirmativa o negativamente- dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, la solicitud presentada el día 13 de diciembre de 1996 ,por el señor Edilberto Angel María González Acosta.

Tercero. ADVERTIR a la autoridad pública demandada que no podrá condicionar el reconocimiento de las cesantías parciales a la disponibilidad presupuestal, por las razones que se consignan en la parte considerativa de esta sentencia, y por cuanto mediante este fallo la Corte Constitucional inaplica las palabras " reconocerse, liquidarse y..." del artícu-

lo 14 de la ley 344 de 1996.

Cuarto. Líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los fines allí previstos.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-420
septiembre 1 de 1997

DEFENSOR DEL PUEBLO Y PERSONERO MUNICIPAL-Legitimación para interponer acciones de tutela

De las normas se desprende que el Defensor del Pueblo sólo puede interponer acción de tutela cuando sucede alguno de estos eventos : que lo haga a nombre de una persona que se lo solicite, o que la persona esté en situación de desamparo e indefensión. La jurisprudencia de la Corte se ha limitado a aplicar lo ordenado por la Constitución y la ley en cuanto al campo de acción del agente oficioso, del Defensor del Pueblo y de los Personeros Municipales, en el sentido de no pasar por encima del querer de aquel que se presume interesado. Es decir, realmente, lo que pretenden las normas, y así lo ha entendido la Corte, es reconocer la capacidad de decisión de las personas, que actúen por su propia voluntad, cuando pretendan ejercer la acción de tutela. Asunto que adquiere mayor claridad e importancia, en esta clase de acciones, que, por su naturaleza, están desprovistas de formalidades, y pueden ser ejercidas por el afectado directamente, sin tener que acudir a un abogado o a un representante. Por consiguiente, se discrepa del planteamiento de la Defensoría en el sentido de considerar estricta o rigurosa la jurisprudencia de la Corte al denegar las acciones de tutela interpuestas por el Personero, cuando no medie autorización del interesado, salvo en los casos de desamparo o indefensión.

ACCION DE TUTELA POR PERSONERO MUNICIPAL-Falta de legitimación por no mediar autorizaciones de empleados de su despacho

Referencia: Expediente T-127.677

Demandante: Alberto Espinosa Arrieta, Personero Municipal de Sincé.

Demandados: Alcalde y Tesorero del municipio de Sincé, departamento de Sucre.

Magistrado Ponente : Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en la sesión de la Sala Primera de Revisión, el día primero (1o.) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sucre, Sala de decisión penal, en la tutela presentada por el señor Alberto Espinosa Arrieta, Personero Municipal de Sincé, contra el Alcalde y el Tesorero Municipal del mismo municipio.

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

La Sala de Selección número Cinco de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

El demandante presentó acción de tutela ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé, departamento de Sucre, el 17 de enero de 1997, por las siguientes razones.

a) Hechos.

El demandante, en su condición de Personero del Municipio de Sincé, interpuso acción de tutela contra el Alcalde y el Tesorero de ese municipio porque, a la fecha de la demanda, se le debían a los empleados de la Personería, incluído el Personero, los salarios correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1996, pues los demandados habían omitido girar las transferencias correspondientes a estos meses, obligación que deben cumplir, según las normas legales, en los diez primeros días siguientes de cada mes, según el Programa Anual Mensualizado de Caja -PAC (Acuerdo #17 de mayo 30 de 1995). La suma adeudada asciende a $21'752.984,oo.

El Personero señaló que en muchas oportunidades se ha dirigido a los demandados con esta solicitud, pero ellos sostienen que la plata que llega, por concepto de IVA, es para el pago de deudas a cargo del municipio. En concepto del demandante, esta explicación sólo es parcialmente cierta, pues, según la certificación expedida por el Banco Ganadero y con otros documentos que acompaña a su demanda, aún falta por llegar otro giro del año 1996, por concepto de IVA, y existen otros ingresos provenientes de catastro.

Por otra parte, considera que los demandados están desconociendo que la ley 136 de 1994 señaló que las personerías municipales gozan de autonomía presupuestal y administrativa, y el desconocimiento de este hecho, reflejado en el incumplimiento reiterativo en el giro de las transferencias, además de impedir el pago oportuno de los salarios del personero y sus empleados, no permite desarrollar con celeridad los programas socioeconómicos que adelanta la entidad, en materia de derechos humanos, seminarios, fiscalización de obras, viajes a las distintas ciudades, etc.

b) Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Sincé una vez admitió la demanda, solicitó infor-

mación a los demandados sobre este asunto. Mediante sentencia del 29 de enero de 1997, **concedió** la tutela solicitada. Los argumentos del Juzgado, se resumen así :

Según las pruebas que obran en el expediente, al demandante y a los empleados de la personería, desde el mes de agosto de 1996 hasta cuando fue interpuesta la tutela, enero de 1997, no les habían pagado sus sueldos, pues las transferencias correspondientes no se habían girado.

Por consiguiente, al personero y a los empleados de la entidad, los demandados les han violado los derechos fundamentales al trabajo, al pago oportuno de salarios y prestaciones y a la igualdad, éste último, en relación con los demás empleados del municipio, artículos 25, 53 y 13 de la Constitución.

Además, señala el juzgado, no existe otro medio de defensa judicial, para hacer cumplir las transferencias ordenadas en el artículo 2o. del Acuerdo #17, de 30 de mayo de 1995, que reconoció autonomía presupuestal a la personería.

En consecuencia, ordenó al Alcalde y el Tesorero del municipio de Sincé, que procedan dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, a realizar las transferencias a la Personería, en forma completa, correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre.

c) Impugnación.

El Alcalde del municipio de Sincé impugnó esta decisión. Las razones se resumen así :

El demandante instauró la tutela en su propio nombre y en el de sus empleados, sin acompañar, para este último efecto, los poderes respectivos.

El Juzgado no tuvo en cuenta las razones expuestas por el Alcalde en relación con la carencia de fondos del municipio, ni que los demás empleados de la administración, se encuentran en iguales condiciones que los de la Personería.

Las pruebas que obran en el expediente, aportadas por el demandante y la alcaldía, demuestran la carencia de fondos para transferir las partidas presupuestales. No obstante, el Juez ordenó cancelar rubros de donde no existen fondos.

A pesar de que el demandante solicita las transferencias para cancelar su sueldo y el de los empleados de la Personería, el Juez ordenó también cancelar los gastos de funcionamiento, lo que no resulta procedente por el proceso de tutela.

Finalmente, dice el Alcalde, que la decisión debe revocarse para evitar que por cumplir lo ordenado por el juez de tutela, la administración incurra en actuaciones penales, al tener que canalizar fondos de forzosa inversión, en transferencias a los entes del municipio.

d) Sentencia de segunda instancia.

En sentencia del 5 de marzo de 1997, el Tribunal Superior de Sincelejo, Sala Penal, **revocó** la tutela.

Las razones pricipales para denegar la tutela, se encaminaron a la falta de legitimidad del Personero para interponer esta acción, en su propio nombre y a favor de los empleados de su despacho. Para su decisión, se ciñó a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, contenida en la sentencia T-462 de 1993, en la que se denegó la acción por falta de legitimidad del Personero de Riohacha, en un caso semejante al presente. Siguiendo esta jurisprudencia, el Tribunal concluyó que en el presente caso tampoco existe tal legitimidad.

También, consideró que la pretensión del demandante de obtener transferencias por valor de $21´752.984,oo con el fin, no sólo de cancelar sueldos, sino también para pagar los gastos generales de funcionamiento, resulta improcedente de ser atendida por el procedimiento de tutela.

El Tribunal consideró que, según la jurisprudencia de la Corte, el derecho al trabajo es inalienable y que es obligación del empleador pagar de manera oportuna el salario. Pero, se debe tener en cuenta que a la Personería, la administración le ha girado transferencias por más de 28 millones, estando pendiente la suma se 21´752.984,oo.

Además, obra en el expediente certificación en el sentido de que a los empleados de la Alcaldía y del Concejo también se les adeudaban sueldos desde agosto de 1996, y gastos de representación desde el mes de mayo del mismo año. Es decir, el *a quo* tuteló el derecho a la igualdad de los empleados de la personería, sin considerar que todos los empleados de la administración estaban en iguales condiciones.

e) Insistencia de la Defensoría del Pueblo en esta tutela.

El Defensor del Pueblo solicitó que la Corte examinar el asunto de la legitimidad del Personero, en este caso concreto, pues, en su concepto, la aplicación estricta del artículo 46 del decreto 2591 de 1991, en la forma como lo ha hecho la Corte, según la jurisprudencia contenida en las sentencias T-462 de 1993 y 493 de 1993, merece ser revisada, para permitir que los personeros puedan actuar no sólo protegiendo sus derechos particulares, sino los de naturaleza pública, en armonía con lo dispuesto en el artículo 10 del mismo decreto.

II.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente para conocer de este proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 214, numeral 9, de la Constitución y el decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Asunto previo. Legitimación de los Personeros municipales para interponer acciones de tutela.

Para determinar la procedencia o no de esta tutela, es necesario resolver si el demandante estaba legitimado para interponer a nombre de los empleados de la Personería, sin que obre autorización de los interesados para ello, la presente acción de tutela, o si sólo estaba legitimado para interponerla en procura de sus derechos individuales.

La sentencia que se revisa, originada en el Tribunal Superior de Sincelejo, estimó que el Personero de Sincé carecía de legitimación para actuar, según la jurisprudencia de la Corte. Por su parte, la solicitud de insistencia del Defensor del Pueblo para escoger esta tutela, está encaminada a que esta Corporación examine nuevamente su jurisprudencia sobre los límites en materia de legitimación.

Por consiguiente, se examinará brevemente lo que dicen las normas constitucionales, legales y la jurisprudencia, en relación con este asunto.

a) La Constitución establece lo siguiente :

"**Artículo 282.**- El Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos, para lo cual ejercerá las siguientes funciones :

". . .

"3. Invocar el derecho de Habeas Corpus e interponer las acciones de tutela, sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados.

". . ."

b) El decreto 2591 de 1991 contiene varias normas sobre la intervención del Defensor del Pueblo y de los Personeros municipales en asuntos de tutela. Se mencionan los siguientes :

El artículo 10 del decreto 2591 de 1991, señala :

"**Artículo 10.**- *Legitimidad e interés.* La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en unc de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

"También se podrán agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

"**También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.**" (se subraya)

El artículo 46 del mismo decreto, sobre la legitimación, en el caso específico del

Defensor, dice :

"**Artículo 46**.- *Legitimación*. 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 lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión.**" (se subraya)

En relación con la facultad de los Personeros, en virtud de delegación, señala el artículo 49 :

"**Artículo 49**. *Delegación a los personeros*. En cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial, podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer las acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente."

De las normas transcritas, se desprende que el Defensor del Pueblo sólo puede interponer acción de tutela cuando sucede alguno de estos eventos : que lo haga a nombre de una persona que se lo solicite, o que la persona esté en situación de desamparo e indefensión.

c) ¿Cuál es la jurisprudencia de la Corte sobre este asunto ?

Las sentencias T-462 y 493, ambas de 1993, expresaron lo siguiente :

- La T-462 corresponde a un caso muy semejante al presente, pues la interpuso el Personero del municipio de Riohacha contra el Alcalde, por la no cancelación de salarios y prestaciones a los empleados de la administración municipal, por los años de 1991, 1992 y 1993. La Corte **denegó** la tutela por falta de legitimación del demandante. Señaló lo siguiente :

"4. El primer supuesto habilitante para interponer la acción de tutela a nombre de otros no se configura en el presente caso, ya que en el expediente no aparece prueba alguna de solicitud elevada por los empleados del municipio de Riohacha con miras a promover la intervención del Personero ante la jurisdicción constitucional.

". . .

"No habiendo podido establecerse la legitimación para actuar en nombre de los empleados públicos por parte del Personero Municipal de Riohacha, se procederá a confirmar la decisión del Tribunal de segunda instancia en el sentido de denegar la tutela solicitada por falta de legitimación para instaurar la acción." (Sentencia T-462, del 14 de octubre de 1996, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

- La sentencia T-493 de 1993 se refiere a la acción interpuesta por la Personera Municipal de Yarumal, en virtud de una solicitud del hermano de una persona adulta que padece una enfermedad grave, pero que no quiere realizar el tratamiento médico adecuado. La tutela pretendía que se ordenara a la "interesada" recibir el tratamiento correspondiente.

La Corte **denegó** la tutela, pues consideró que la Personera no tenía legitimación para interponer esta tutela, ni como agente oficioso ni como personera. Manifestó la Corte :

> "Esta Sala estima pertinente precisar, que el agente oficioso o el Defensor del Pueblo y sus delegados, sólo pueden actuar dentro de los precisos límites que la ley ha señalado a sus actuaciones; por lo tanto, no pueden de ninguna manera arrogarse la atribución de interponer acciones de tutela a su arbitrio, es decir, sin que esté justificado plenamente el supuesto fáctico que la norma exige para legitimar sus actuaciones, cual es, que el afectado en sus derechos fundamentales no pueda promover directamente su propia defensa, por hallarse en una situación de desamparo e indefensión, o que solicite la intervención de dicho defensor. Adicionalmente tampoco es procedente, que el agente oficioso o el Defensor del Pueblo actúen en contra de los intereses de las personas que representan; su intervención debe estar dirigida a la defensa de los intereses que agencian, que no son otros que los propios intereses de las personas que van a resultar beneficiadas con la acción. En tales condiciones, si como sucede en el presente caso, la presunta beneficiaria de la tutela, señora María Libia Pérez Duque, no está interesada en la acción de tutela, ni considera amenazado o vulnerado su derecho fundamental a la salud, no es procedente legalmente la intervención de dichos sujetos procesales. En este orden de ideas, podría concluírse que, en principio, el juez de su propio interés, es la persona titular del mismo, a menos que no se halle en condiciones físicas y mentales de proveer a su propia defensa." (Sentencia T-493 del 28 de octubre de 1993, M. P., doctor Antonio Barrera Carbonell)

Como se observa, la jurisprudencia de la Corte se ha limitado a aplicar lo ordenado por la Constitución y la ley en cuanto al campo de acción del agente oficioso, del Defensor del Pueblo y de los Personeros Municipales, en el sentido de no pasar por encima del querer de aquel que se presume interesado. Es decir, realmente, lo que pretenden las normas, y así lo ha entendido la Corte, es reconocer la capacidad de decisión de las personas, que actúen por su propia voluntad, cuando pretendan ejercer la acción de tutela. Asunto que adquiere mayor claridad e importancia, en esta clase de acciones, que, por su naturaleza, están desprovistas de formalidades, y pueden ser ejercidas por el afectado directamente, sin tener que acudir a un abogado o a un representante.

Por consiguiente, se discrepa del planteamiento de la Defensoría en el sentido de considerar estricta o rigurosa la jurisprudencia de la Corte al denegar las acciones de tutela interpuestas por el Personero, cuando no medie autorización del interesado, salvo en los casos de desamparo o indefensión, situación que no ocurre en el presente proceso.

La Defensoría se pregunta si resulta razonable que el Defensor o el Personero, frente a una situación grave e inminente de violación o amenaza de derechos fundamentales, diferente de la indefensión, deba esperar que exista la solicitud para poder actuar.

Esta Sala de revisión considera que, en primer lugar, no es el caso de que trata este proceso, pues éste corresponde a una situación que se ha presentado desde muchos meses antes de interponerse la tutela.

Y, en segundo lugar, como la hipótesis planteada no es la que corresponde a este proceso, no es oportuno establecer la procedibilidad o no de una acción en tales condiciones. Será el juez competente, frente al asunto concreto, quien lo determine.

Le asiste, pues, razón al *ad quem* cuando denegó esta tutela por falta de legitimación del Personero, en relación con los empleados de su despacho, según lo analizado, por no mediar las autorizaciones respectivas.

En conclusión, no se concederá la tutela, y se confirmará la decisión del Tribunal, que declaró la carencia de legitimación del Personero.

III. DECISION.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero.- Por las razones expuestas en esta sentencia, CONFIRMAR la sentencia de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), proferida por el Tribunal Superior de Sincelejo, Sala de decisión Penal.

Segundo.- Líbrense, por la Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-432
septiembre 4 de 1997

PROCESO PENAL-Mayor cantidad de garantías constitucionales para el procesado

Por la trascendencia de los bienes jurídicamente protegidos a través de la ley penal, y por la importancia de los derechos y garantías constitucionales que pueden resultar afectados por la condena, el proceso penal es no sólo el más minuciosamente reglado de los procesos, sino aquél en el que más garantías constitucionales deben hacerse efectivas al procesado.

JUEZ PENAL-Aplicación del debido proceso

El ordenamiento colombiano encarga al juez, tercero ajeno a los intereses de cada una de las partes, de arbitrar las relaciones entre las personas que las componen, y las de éstas con los terceros intervinientes, aplicando las normas constitucionales relativas al debido proceso y la regulación legal de las formas propias del juicio. Esa, la función garantista del juez, resulta desdibujada en el sistema cuasiacusatorio colombiano, en el que la función del Fiscal se desdobla en la titularidad de la potestad punitiva del Estado en cada caso particular (lo que lo coloca en el papel de vocero de parte interesada), y la competencia para dirigir la parte inquisitiva del proceso, en la que debe arbitrar imparcialmente las relaciones entre todos los llamados a intervenir.

DERECHO A LA DEFENSA TECNICA DEL SINDICATO-Juicio del ejercicio/**VIA DE HECHO EN INDAGATORIA**-No aceptación ejercicio de defensa técnica durante la indagatoria/**VIA DE HECHO EN INDAGATORIA**-Negativa a permitir examen de expediente por el defensor

Si el derecho a la defensa técnica surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, en la diligencia de indagatoria adquiere particular importancia, porque el ejercicio de ese derecho confluye con el de la defensa material del sindicado, y debe servir para que éste actúe dentro del proceso con la asesoría de un especialista en derecho. Así, la mera presencia de un abogado defensor no necesariamente significa que el derecho al que se hace referencia se hizo efectivo en esta diligencia; si al abogado no se le permite conocer el sumario, este asesor no puede cumplir con su tarea, por más calificado y experimentado que sea. Que quien cumple con la función de defensor es también un colabora-

dor en el esclarecimiento de la verdad, y en ningún caso ésta puede ser establecida sin su activo concurso, puesto que la contradicción condiciona la validez de la prueba, y sólo es posible cuando el abogado conoce el sumario. El citado artículo no faculta para diferir hasta después de la indagatoria el inicio del ejercicio de la defensa técnica; antes bien, expresamente manda que se le advierta al indagado sobre el derecho a ***nombrar un defensor que lo asista en ella.*** *El Fiscal Regional a cargo del proceso penal incurrió en una vía de hecho al no aceptar el ejercicio de la defensa técnica durante la indagatoria del ciudadano, y no permitirle al abogado examinar el expediente, aún una vez concluida esa diligencia.*

VIA DE HECHO EN TRAMITE DE SANCION CORRECCIONAL- Sanción no figura en las consagradas en la ley

Los Fiscales cuentan con la misma facultad correccional asignada por la ley a los jueces, de acuerdo con el artículo 58 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y para su aplicación debe seguirse el trámite consagrado en el artículo 59 de la misma ley, mediante el cual sólo es válido aplicar las sanciones contempladas en el artículo 60 de tal estatuto. No hay duda alguna, de que semejante sanción no figura entre las consagradas en el artículo de esa ley y, por tanto, no sólo es necesario concluir que el Fiscal Regional incurrió en otra vía de hecho al imponerla, sino que de esa manera afectó también el derecho de acceso a la administración de justicia del solicitante.

VIA DE HECHO POR FISCAL REGIONAL EN INDAGATORIA

DERECHO DE DEFENSA TECNICA DEL SINDICADO-Derecho del defensor a examinar el expediente/**DEFENSA TECNICA-**Derecho al ejercicio de una profesión lícita

Si durante la averiguación previa y el resto de la investigación, al abogado se le mantienen ocultas algunas pruebas -en el caso bajo revisión, al menos todas las que obran en el quinto cuaderno del expediente-, éste no puede cumplir de manera cabal con su encargo; el derecho del defensor a examinar el expediente, es presupuesto del pleno ejercicio del derecho a la defensa técnica del sindicado. Cuando la Fiscalía Regional alteró significativamente la igualdad entre las partes durante la etapa inquisitiva del proceso, y adelantó la recolección de pruebas de cargo contra el sindicado, manteniendo algunas de ellas en secreto, y no permitió que la defensa técnica pudiera ser plenamente ejercida, la institución demandada violó no sólo el derecho al debido proceso del sindicado, sino también el derecho del apoderado a ejercer la ocupación lícita que eligió por profesión.

VIA DE HECHO-Falta de garantía constitucional básica

Por regla general la tutela es improcedente cuando se intenta contra providencias judiciales, salvo la existencia de vías de hecho; y mientras operen los recursos ordinarios, no hay lugar a la tutela, puesto que esos otros mecanismos judiciales de defensa la desplazan; pero cuando se hacen nugatorios por las reiteradas vías de hecho en las que incurre el encargado de arbitrar el trámite, la razón de la improcedencia desaparece con los controles que el demandado impidió poner en acción, pues lo que cuestiona en tal caso al actor

no es sólo la transgresión repetida de la ley procesal, sino la falta de la garantía constitucional básica, de la imparcialidad del tercero que ejerce la jurisdicción.

Referencia: Expediente T-128585

Acción de tutela en contra de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá D.C. por la presunta violación de los derechos al debido proceso, al trabajo y a elegir libremente profesión u oficio.

Temas:

El derecho del defensor a examinar el expediente, es presupuesto del pleno ejercicio del derecho a la defensa técnica del sindicado.

El poder correccional del funcionario judicial es reglado, y no le otorga discreción a quien lo ejerce para escoger la sanción que a bien tenga.

Cuando se altera significativamente la igualdad entre las partes durante la etapa inquisitiva de un proceso penal, resulta violado el derecho a que se respeten las formas constitucionales de esa clase de procesos.

Actor: Fernando Navas Talero

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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-128585.

ANTECEDENTES

1. Hechos.

El ciudadano Germán Nelson Osorio Sepúlveda, sindicado de haber incurrido en enriquecimiento ilícito, designó al demandante como su defensor en la indagatoria que rindió

el 2 de agosto de 1996 ante un Fiscal Regional.

El actor, Fernando Navas Talero, solicitó que se le permitiera examinar las copias del expediente mientras se interrogaba al sindicado, pero el Fiscal Regional se negó a hacerlo durante la diligencia, y también cuando ésta concluyó.

Hasta la presentación de la demanda de tutela, el 26 de febrero de 1997, el actor desconocía el cuaderno número 5 del expediente a pesar de haberlo solicitado en repetidas oportunidades, bien porque se le contestó en la Secretaría que el Fiscal lo tenía guardado en su despacho y no se encontraba en el mismo, bien porque se estaban practicando pruebas que el defensor desconoce.

El defensor planteó al Fiscal un conflicto de competencias que éste resolvió aplicando el principio de especialidad, como si se tratara de un conflicto de aplicación de leyes, mediante un auto de sustanciación contra el cual no se admitió recurso; ante esa decisión, el sindicado interpuso el recurso de queja, pero el Fiscal decidió no dar trámite a su solicitud por haber considerado que la solicitud era irrespetuosa.

Estos, y otros comportamientos del Fiscal Regional a cargo de la investigación constituyen, a juicio del actor, vías de hecho que vulneran sus derechos al debido proceso, al trabajo y a elegir libremente profesión u oficio.

2. Fallo de instancia.

Fue dictado por el Juzgado 55 Penal del Circuito el 13 de marzo de 1997, y mediante él se decidió no acceder a las pretensiones del demandante, con base en las consideraciones siguientes:

Los derechos al trabajo y a escoger libremente profesión u oficio, no fueron violados al actor, porque "*es precisamente el poder actuar en ejercicio de su profesión, en la calidad señalada, dentro del asunto referido, expresión material de la actividad libre de la misma*" (folio 61).

"*...considerando que la buena fe se presuma, la mala debe demostrarse*" (folio 62), y como el actor no acreditó la última respecto de las múltiples irregularidades que aduce, "*mal podría admitirse arbitrariedad en el hecho de no haberse facilitado en las ocasiones anotadas, la totalidad del expediente al actor...*" (idém).

"*Consecuente con lo anterior, no se puede reconocer vía de hecho de los funcionarios de la Fiscalía Regional, y frente a lo anteriormente reseñado, no resultando procedente impartir la tutela requerida*" (folio 62).

Además, consideró el juez *a-quo* que los recursos ordinarios son suficientes para la defensa de los derechos presuntamente conculcados y, por tanto, desplazan a la tutela que sólo es un mecanismo subsidiario.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para pronunciarse en el grado jurisdiccional de revisión sobre el fallo proferido por el Juzgado 55 Penal del Circuito, según lo establecido en los artículos 86 y 241 de la Carta Política; 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 Cinco el 28 de mayo de 1997 (folios 74 y ss.).

2. Procedencia de la tutela.

Para la revisión del fallo de instancia, esta Sala debe absolver el siguiente interrogante: ¿cumple el proceso penal que se adelanta en contra del ciudadano Germán Nelson Osorio Sepúlveda con las exigencias del derecho al debido proceso o, como aduce el actor y alegó la Defensoría del Pueblo al insistir en que se revisara esta tutela, las irregularidades ocurridas en su trámite son tan relevantes en el plano constitucional que procede otorgar el amparo solicitado?

El demandante y la Defensoría del Pueblo coinciden al afirmar que tales irregularidades son significativas porque:

a) el Fiscal a cuyo cargo está el trámite del proceso penal incurrió, en contra de lo decidido por el Juez 55 Penal del Circuito, en varias conductas constitutivas de vía de hecho;

b) esas irregularidades afectaron gravemente la posibilidad de ejercer la defensa técnica, hasta el punto de hacerla inexistente durante la indagatoria y la recolección de las demás pruebas, etapas fundamentales de la investigación;

c) dejar librados al actor y a su representado a la defensa que pueda permitirles la interposición de los recursos ordinarios, después de verificar los extremos a los que ha llegado el funcionario demandado, puede no ser una carga injustificada para el actor, pero ciertamente lo es para el sindicado; y

d) dejar librados al actor y a su representado a la defensa que pueda permitirles el juez, en caso de que el proceso llegue a su conocimiento, deja pendiente de un hecho futuro e incierto (en contra de la presunción de inocencia) el restablecimiento de los derechos conculcados, y permite que se cause un daño irreparable al defendido por el actor.

Este es entonces el tema de análisis en la revisión, y de la valoración que haga la Sala sobre cada uno de esos asuntos depende la procedencia del amparo impetrado, por lo que se procede a considerarlos en el orden expuesto.

2.1. El Fiscal incurrió en varias conductas constitutivas de vía de hecho.

Considerado como una de las fuentes del derecho, el proceso sirve de origen a las sen-

tencias declarativas o de condena, producto de un procedimiento detalladamente reglado, en el que se controla la producción del conocimiento sobre los hechos relevantes, y la valoración de lo así acreditado a la luz de las normas constitucionales y legales.

Ahora bien: por la trascendencia de los bienes jurídicamente protegidos a través de la ley penal, y por la importancia de los derechos y garantías constitucionales que pueden resultar afectados por la condena, el proceso penal es no sólo el más minuciosamente reglado de los procesos, sino aquél en el que más garantías constitucionales deben hacerse efectivas al procesado.

El ordenamiento colombiano encarga al juez, tercero ajeno a los intereses de cada una de las partes, de arbitrar las relaciones entre las personas que las componen, y las de éstas con los terceros intervinientes, aplicando las normas constitucionales relativas al debido proceso y la regulación legal de las formas propias del juicio.

Esa, la función garantista del juez, resulta desdibujada en el sistema cuasiacusatorio colombiano, en el que la función del Fiscal se desdobla en la titularidad de la potestad punitiva del Estado en cada caso particular (lo que lo coloca en el papel de vocero de parte interesada), y la competencia para dirigir la parte inquisitiva del proceso, en la que debe arbitrar imparcialmente las relaciones entre todos los llamados a intervenir. Más aún, en la regulación legal de la Justicia Regional, por la necesidad de garantizar la seguridad de los funcionarios, testigos, peritos, y otros intervinientes, resultan restringidas las posibilidades de acción de la defensa, lo que hizo imperioso para la Corte Constitucional advertir, al juzgar sobre la concordancia entre esa legislación y las normas constitucionales sobre garantías procesales, que el Fiscal Regional está obligado a ser especialmente celoso en su respeto por las formas propias del proceso. Baste citar al respecto los siguientes apartes de la Sentencia C-053/93[1]:

"Sin embargo, desde la primera providencia, la Corte ha establecido importantes limitaciones a las figuras declaradas como exequibles. Esta Corporación ha sopesado la necesidad de protección de jueces, fiscales y testigos, con el respeto efectivo del debido proceso. En la parte motiva de las providencias, la Corte ha expuesto como límite y restricción a las figuras aceptadas, el ejercicio verdadero del derecho de defensa; ha hecho hincapié especialmente, siendo ello relevante para el caso en estudio, en el principio de contradicción. No ha existido pues una aceptación incondicional de la justicia regional: frente a ella, el núcleo general del debido proceso ha constituido una preocupación, en tanto límite, para el juez constitucional. En la misma providencia inmediatamente citada C-150/93, una vez expuesta la necesidad de un replanteamiento de la función de justicia para afrontar graves amenazas, señala la Corte, que no obstante, dicho 'replanteamiento presupone el celoso cuidado que exigen los derechos fundamentales de las personas'.

"De la misma forma, sostiene esta Corporación por ejemplo, en relación con los tes-

1 Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo

tigos secretos, que el desconocimiento de su identidad por parte del sindicado, no afecta significativamente 'su defensa ***mientras goce de todas las posibilidades de controvertir las pruebas que se esgrimen en su contra y de hacer valer aquellas que lo favorecen, en lo cual radica el núcleo esencial del derecho al debido proceso en lo relativo al régimen probatorio"*** (subraya fuera del texto).

- Vía de hecho en la indagatoria.

Para garantizar al sindicado la plena eficacia de su derecho al debido proceso, el artículo 29 Superior consagró como fundamental el que tiene toda persona a la defensa técnica de sus intereses, que es determinante para la validez constitucional del proceso penal, desde el mismo momento en que se ordena investigar a alguien, de acuerdo con la doctrina reiterada de esta Corporación[2].

Si el derecho a la defensa técnica surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona, en la diligencia de indagatoria adquiere particular importancia, porque el ejercicio de ese derecho confluye con el de la defensa material del sindicado, y debe servir para que éste actúe dentro del proceso con la asesoría de un especialista en derecho. Así, la mera presencia de un abogado defensor no necesariamente significa que el derecho al que se hace referencia se hizo efectivo en esta diligencia; si al abogado no se le permite conocer el sumario, este asesor no puede cumplir con su tarea, por más calificado y experimentado que sea.

Recuérdese que quien cumple con la función de defensor es también un colaborador en el esclarecimiento de la verdad, y en ningún caso ésta puede ser establecida sin su activo concurso, puesto que la contradicción condiciona la validez de la prueba, y sólo es posible cuando el abogado conoce el sumario.

Según la diligencia de inspección judicial (folio 22): "A folios 200 a 205, obra indagatoria de Germán Osorio, con fecha 2 de agosto de 1996, en cuyo desarrollo el **citado Osorio designó como su defensor para representarlo en todo el curso del proceso al Dr. José Fernando Navas Talero a quien previas las formalidades legales, se reconoció personería para actuar.** En curso esta diligencia solicitó el señor defensor se le permitiera acceso a la copia del expediente, habiendo recibido respuesta negativa, pues **en consideración del señor Fiscal: "los deberes del defensor comienzan a fungir a partir de la firma de la diligencia de indagatoria, no antes**,...en caso de alguna oposición por parte de la defensa, el Despacho designará un defensor de oficio para proseguir con la misma, o por el contrario se entenderá que el sindicado, GERMAN NELSON OSORIO SEPULVEDA, se tendrá por vinculado formalmente a la presente investigación..."; **ante la insistencia de la defensa material y técnica respecto a permitir el acceso a las copias del expediente al profesional defensor, manifestó el Fiscal Regional no acceder citando el contenido del Art. 358 del C. de P.P....**" (subrayas fuera del texto)

2 Véanse por ejemplo, las sentencias C-592/93, SU 044/95, T-06/92, T-436/92, T-500/95, C-394/94, C-617/96, C-488/96, C-609/96, etc.

Pero el citado artículo[3] no faculta para diferir hasta después de la indagatoria el inicio del ejercicio de la defensa técnica; antes bien, expresamente manda que se le advierta al indagado sobre el derecho a **nombrar un defensor que lo asista en ella.**

De esta manera, es necesario concluir que el Fiscal Regional a cargo del proceso penal incurrió en una vía de hecho al no aceptar el ejercicio de la defensa técnica durante la indagatoria del ciudadano Osorio Sepúlveda, y no permitirle al abogado examinar el expediente, aún una vez concluida esa diligencia.

- Vía de hecho en el trámite del resto de la investigación.

De acuerdo con la doctrina constitucional citada, el sindicado y su defensor tenían derecho a conocer los cargos que la Fiscalía Regional le imputa al primero de ellos, y las pruebas que respaldan tal imputación, desde el 1° de agosto de 1996 -fecha de la providencia que dispone la apertura de la investigación en su contra-; mas, como acaba de considerar la Sala, tampoco en la diligencia de indagatoria realizada al día siguiente, pudo el defensor conocer las pruebas del Estado en contra de su defendido. Según la inspección judicial cumplida por el juez de instancia (folios 22 a 26), el 10 de marzo de 1997, de acuerdo con lo aducido en la demanda, no existe constancia en el cuaderno 5 de que se le hubiera facilitado al defensor para su consulta, y sí varias constancias dejadas por la defensa en los demás (el 29 de noviembre de 1996, y el 28 de enero, 12 y 24 de febrero de 1997), al no poder consultar ése y otros de los 6 cuadernos que hacían parte de la investigación en curso.

De esta manera, ha de concluirse que se incurrió en una vía de hecho al mantener fuera del conocimiento de la defensa, uno de los cuadernos en los que obran las piezas procesales recolectadas por la entidad demandada, y negarle el acceso oportuno a otros de los cuadernos requeridos para cumplir con la defensa técnica.

- Vía de hecho en el trámite de una sanción correccional.

El Defensor del Pueblo planteó el asunto en los siguientes términos: *"pero no sólo es cuestionable la actitud adoptada por la Fiscalía en relación con el desempeño del abogado defensor, también lo es en relación con algunas de las peticiones que se efectuaron dentro del proceso, en este caso con el planteamiento de colisión de competencias que se efectuó dentro del proceso, el cual fue resuelto como conflicto de aplicación de leyes y por el principio de especialidad mediante auto de sustanciación contra el cual no se admitió recursos y que generó del procesado (sic) la impetración de un recurso de queja contra tal*

---

3 "Artículo 358. Advertencias previas al indagado. Previamente al interrogatorio de los artículos siguientes, se le advertirá al indagado que se le va a recibir una declaración sin juramento, que es voluntaria y libre de todo apremio; que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente; que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista, y que en caso de no hacerlo, se le designará de oficio.
"Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de medios de defensa.
De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia."

decisión. Sin entrar a definir la legalidad o no de tal decisión, sí quiere destacar la Defensoría del Pueblo la decisión adoptada por la Fiscalía de negar el trámite del recurso de queja por haber considerado que la petición del procesado carecía de la cortesía con que debiera dirigirse a la autoridad judicial".

Sea que la expresión cuestionada por el funcionario consista en el "Dios guarde al señor Fiscal" que transcribe el actor, o que a ésta se hayan añadido algunos improperios, lo que se cuestiona al proceder del demandado es que, al decidir sobre la petición del sindicado, haya optado por negarse a tramitar una petición importante para la defensa, en lugar de aplicar otros correctivos en pro de la dignidad de la administración de justicia, que no restringieran aún más los medios de defensa del investigado.

Al respecto debe indicar esta Corte que los Fiscales cuentan con la misma facultad correccional asignada por la ley a los jueces, de acuerdo con el artículo 58 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, y para su aplicación debe seguirse el trámite consagrado en el artículo 59 de la misma ley, mediante el cual sólo es válido aplicar las sanciones contempladas en el artículo 60 de tal estatuto.

Aunque en el expediente de tutela no hay documento alguno que permita afirmar o negar que se cumplió con el trámite preestablecido en la Ley Estatutaria, de lo que sí no hay duda alguna, es de que semejante sanción no figura entre las consagradas en el artículo 60[4] de esa ley y, por tanto, no sólo es necesario concluir que el Fiscal Regional incurrió en otra vía de hecho al imponerla, sino que de esa manera afectó también el derecho de acceso a la administración de justicia del solicitante.

Al decidir sobre un caso en el que el juez se excedió al fijar la cuantía de la multa que impuso por irrespeto, la Corte Suprema de Justicia dijo: *"Es responsable por este delito (abuso de autoridad) el juez que impone multas cuya cuantía excede de la fijada por la ley, en los casos en que, según la misma ley, pueden los jueces imponer tales multas a quienes les desobedezcan ó falten al debido respeto"*[5]. Y si bien el juez de tutela no es competente para pronunciarse sobre la responsabilidad que pueda caberle al Fiscal Regional que incurrió en la vía de hecho descrita, sí juzga su deber remitir copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para que investigue y resuelva sobre el punto.

- Sobre irrespetos y prevenciones

No sólo el Fiscal Regional encontró que se le trataba sin las consideraciones debidas; el actor también se queja de que aquél manifestó su prevención frente al estilo de ejercicio

---

4 "ARTICULO 60. SANCIONES. Cuando se trate de un particular, la sanción correccional consistirá, según la gravedad de la falta, en multa hasta de diez salarios mínimos mensuales **o de suspensión sin derecho a sueldo hasta por cinco días, tratándose de funcionarios o empleados.**

"Contra las sanciones correccionales sólo procede el recurso de reposición, que se resolverá de plano"

La parte subrayada del texto, fue declarada inexequible por medio de la Sentencia C-37/96, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

5 **Jurisprudencia Colombiana extractada y concordada por el Relator de la Corte Suprema**. Tomo Primero, Jurisprudencia de la Corte Suprema 1886-1898. Bogotá, Imprenta Nacional, 1900. Pág. 2

profesional del demandante, le amenazó con vincularlo a la investigación penal, lo trató de manera tan desobligante que el agente del Ministerio Público dejó una constancia al respecto en el expediente[6] y, además, también desconoció la dignidad de la persona al mantener a su cliente detenido y sin alimentación el día de la indagatoria, a más de no autorizar su traslado el hospital de la Policía para practicarle una operación en los ojos que había sido programada con anterioridad.

Al respecto, esta Sala ya consideró que es la autoridad disciplinaria, y no el juez de tutela, quien debe investigar si al funcionario a cargo de la investigación penal le son imputables ésas u otras faltas; pero la consideración de los derechos constitucionales violados en el proceso penal, y la importancia fundamental que el Constituyente atribuyó al respeto por la dignidad de la persona, hacen necesario que reitere aquí una doctrina ya casi centenaria de la Corte Suprema de Justicia, aun anterior a la Carta del 91:

"Por irrespetuosos que sean los litigantes en sus escritos con los jueces o magistrados, jamás las faltas de aquellos autorizan a éstos para que cometan los mismos desacatos que se censura a las partes. En consecuencia, es responsable de abuso de autoridad el Magistrado ó Juez que incurra en tales desacatos en un auto o sentencia".

En conclusión, esta Sala encuentra que si bien no todas las quejas del actor cuentan con respaldo probatorio en el expediente de tutela, y no todas ellas tienen la trascendencia jurídica que su autor pretende, el Fiscal Regional sí incurrió en varias vías de hecho, y ello es suficiente para revocar el fallo de instancia, puesto que en él se consideró que tales violaciones al debido proceso no habían ocurrido. Sin embargo, esta conclusión es insuficiente como respaldo para otorgar la tutela; a fin de definir la procedencia del amparo, aún deben considerarse los restantes aspectos del caso.

2.2. De la defensa técnica como derecho al ejercicio de una profesión lícita.

La persona procesada cuenta con la protección de las garantías y derechos a los que se refieren los artículos 29 y siguientes de la Carta Política, relativos al juez natural, la defensa material, la técnica, la legalidad del delito, de la pena y de las formalidades propias del proceso, la doble instancia, el hábeas corpus, la no reforma en peor, etc., y ya se citaron las razones por las cuales la Corte Constitucional considera que el lego en materias jurídicas, no está en condiciones de manejar adecuadamente ésas y las instituciones penales originadas en la ley y la jurisprudencia.

Empero, si durante la averiguación previa y el resto de la investigación, al abogado se le mantienen ocultas algunas pruebas -en el caso bajo revisión, al menos todas las que obran en el quinto cuaderno del expediente-, éste no puede cumplir de manera cabal con su encargo; el derecho del defensor a examinar el expediente, es presupuesto del pleno ejercicio del

6 En la inspección judicial, el a-quo no verificó este aserto.

derecho a la defensa técnica del sindicado, y puesto que en el proceso que se adelanta en contra del ciudadano Osorio Sepúlveda se violó de tal manera el derecho a la defensa, así mismo se violó el derecho al trabajo del actor porque, en contra de la Constitución y la ley, el Fiscal Regional hizo imposible que cumpliera con su labor profesional.

Ahora bien: *"No es factible que el derecho de defensa esté al arbitrio y determinación absoluto de una de las partes, porque desequilibraría las facultades de éstas dentro del proceso, perdiendo así el sentido de igualdad que debe regir todo juicio; esta se fundamenta en la equivalencia de oportunidades predeterminada por la ley, y no en la subjetividad de uno de los intervinientes*[7]". Así, cuando la Fiscalía Regional alteró significativamente la igualdad entre las partes durante la etapa inquisitiva del proceso, y adelantó la recolección de pruebas de cargo contra el sindicado, manteniendo algunas de ellas en secreto, y no permitió que la defensa técnica pudiera ser plenamente ejercida, la institución demandada violó no sólo el derecho al debido proceso del sindicado, sino también el derecho del apoderado a ejercer la ocupación lícita que eligió por profesión.

De esta forma encuentra la Sala que en el caso revisado sí se violó el debido proceso al hacer imposible para el actor ejercer la defensa técnica que se le encomendó; pero, aunque esta conclusión respalda la legitimidad del actor para interponer la acción de tutela, no basta para hacer procedente el amparo.

2.3. Los recursos ordinarios como mecanismo alterno de defensa durante la investigación.

Como lo consideró el Juez 55 Penal del Circuito, por regla general la tutela es improcedente cuando se intenta contra providencias judiciales, salvo la existencia de vías de hecho; y mientras operen los recursos ordinarios, no hay lugar a la tutela, puesto que esos otros mecanismos judiciales de defensa la desplazan; pero cuando se hacen nugatorios por las reiteradas vías de hecho en las que incurre el encargado de arbitrar el trámite, la razón de la improcedencia desaparece con los controles que el demandado impidió poner en acción, pues lo que cuestiona en tal caso al actor no es sólo la transgresión repetida de la ley procesal, sino la falta de la garantía constitucional básica, de la imparcialidad del tercero que ejerce la jurisdicción.

Cuando, también a través de una vía de hecho, se impide el acceso al superior, como ocurrió en el caso del recurso de queja intentado por el sindicado frente a la decisión del Fiscal Regional sobre el conflicto de competencias planteado por el actor, se afectan los derechos a la doble instancia y al juez natural, y es indudable que, salvo la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, la tutela procede.

Además, el actor adujo ante el juez de instancia en la demanda, y en su ampliación (-folios 10 a 14), que ya se interpusieron infructuosamente el hábeas corpus y, repetidamente, los recursos ordinarios; añadió en la ampliación de su demanda que: "el señor Osorio

7 *Sentencia* T-500/95, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

visto el obstáculo y la parcialidad del Fiscal Regional le solicitó audiencia al Dr. Alfonso Valdivieso Sarmiento, Fiscal General, para exponerle su caso; el señor Fiscal le concedió una audiencia para el día sábado 1° de marzo y el Fiscal Regional nunca le autorizó el traslado al despacho del Fiscal General" (folio 13).

2.4. ¿Tiene que soportar el representado por el actor la violación de sus derechos hasta sufrir un daño irreparable?

Finalmente, queda por revisar la última de las razones del juez de instancia para negarse a amparar los derechos fundamentales del actor: todas las violaciones al debido proceso ocurridas durante la investigación, puede aducirlas el actor ante el juez en la etapa del juicio.

Frente a esa consideración, prevista por el actor en su demanda, éste opone dos argumentos: a) que el proceso pase al conocimiento del juez, es un hecho futuro; y b) si el juez de tutela decide diferir a ese momento procesal el restablecimiento de los derechos fundamentales del actor y el sindicado, habrá permitido que se consume un perjuicio irremediable, pues el último de ellos se verá sometido a juicio, sin haber tenido durante la investigación la defensa técnica a la que tiene derecho, cuando ese daño se puede evitar, si se acogen las pretensiones.

Preguntado por ellas, el actor contestó al juez de instancia: "mi pretensión es que verificadas las vías de hecho que he denunciado, el juez de tutela ordene separar al Fiscal que viene conociendo del asunto o disponga una medida sabia en procura de impedir los atropellos que se verifican; a fin de cuentas el juez de tutela tiene la potestad de dar las soluciones que, de acuerdo con los hechos, jurídicamente deban impartirse para lograr el imperio de la Constitución; agregó: de contera se restablecerán las garantías conculcadas tal y como sería el que se me permita examinar el expediente, que se expidan las copias que se han solicitado, que se le autorice al señor Osorio asistir a la clínica para que sea sometido a la operación de los ojos que ha sido prescrita por su facultativo, que se resuelva en providencia interlocutoria la colisión de competencias planteada, en fin, que el Derecho impere en este proceso" (folio 14).

Al respecto esta Sala considera que, en el caso bajo revisión, es procedente tutelar los derechos al debido proceso y a la defensa técnica, por lo que se ordenará a la Fiscalía General de la Nación que proceda a asignarle la investigación que allí se adelanta en contra del ciudadano Germán Nelson Osorio Sepúlveda, a un Fiscal Regional diferente al que hasta ahora viene a cargo de ese proceso. El Fiscal que así se designe, debe proceder, de acuerdo con las normas procesales, a decretar de oficio las nulidades a que haya lugar, y a absolver las demás peticiones del actor.

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 55 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá el 13 de marzo de 1997 y, en su lugar, tutelar los derechos al debido proceso y a la defensa técnica del actor Fernando Navas Talero.

Segundo. ORDENAR a la Fiscalía General de la Nación que en el plazo máximo de veinticuatro (24) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, proceda a asignarle la investigación que allí se adelanta en contra del ciudadano Germán Nelson Osorio Sepúlveda, radicada bajo el número 29246, a un Fiscal Regional diferente al que hasta ahora viene a cargo de ese proceso.

Tercero. ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se remita copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.

Cuarto. COMUNICAR esta sentencia al Juzgado 55 Penal del Circuito de Santafé 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 GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
-Con aclaración de voto-

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-432
septiembre 4 de 1997

VIA DE HECHO EN INDAGATORIA—Existencia de mecanismos distintos para corregir deficiencias.

Lo que determina la situación fáctica planteada, configurativa del desconocimiento del debido proceso, es la anulación de la tramitación correspondiente a partir del momento en que el actor no tuvo las oportunidades procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa técnica, a fin de rehacer la actuación adelantada en forma defectuosa en su contra por parte de la accionada, más que ordenar, a la Fiscalía la asignación de un Fiscal Regional diferente al que hasta ahora viene a cargo del proceso. Frente a los hechos que fundamentan la acción de tutela, existen mecanismos para corregir las deficiencias anotadas a través del ejercicio de los recursos pertinentes o la formulación de incidentes como la recusación por los mismos motivos indicados, sin que sea indefectiblemente, el cambio del funcionario judicial que se encuentra conociendo del asunto, por otro diferente, el que deba utilizar el juez de tutela para la protección de los derechos vulnerados o amenazados, ya que con ello, dicho instrumento judicial podría convertirse en un mecanismo fácil para obtener el desplazamiento del funcionario a quien ha correspondido la competencia para adelantar la investigación, cuando existen las causales y mecanismos legales ordinarios encaminados a garantizar la protección del debido proceso.

Referencia: Expediente T-128585

Acción de Tutela de Fernando Navas Talero contra de la Fiscalía Regional de Santafé de Bogotá D.C.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ

En la sentencia de la referencia de fecha 4 de septiembre de 1997, por medio de la cual se tutelaron "los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica del actor Fernando Navas Talero", el suscrito Magistrado formuló aclaración de voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de Revisión en lo concerniente a la vulneración de los derechos fundamentales mencionados, por parte de la accionada,

lo cual conllevó a la revocatoria de la sentencia de instancia, proferida dentro del proceso de tutela, considero que lo que determina la situación fáctica planteada, configurativa del desconocimiento del debido proceso, es la anulación de la tramitación correspondiente a partir del momento en que el actor no tuvo las oportunidades procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa técnica, a fin de rehacer la actuación adelantada en forma defectuosa en su contra por parte de la accionada, más que ordenar, como se hizo en el numeral segundo de la sentencia mencionada a la Fiscalía General de la Nación la asignación de un Fiscal Regional diferente al que hasta ahora viene a cargo del proceso.

Frente a los hechos que fundamentan la acción de tutela, existen mecanismos para corregir las deficiencias anotadas a través del ejercicio de los recursos pertinentes o la formulación de incidentes como la recusación por los mismos motivos indicados, sin que sea indefectiblemente, el cambio del funcionario judicial que se encuentra conociendo del asunto, por otro diferente, el que deba utilizar el juez de tutela para la protección de los derechos vulnerados o amenazados, ya que con ello, dicho instrumento judicial podría convertirse en un mecanismo fácil para obtener el desplazamiento del funcionario a quien ha correspondido la competencia para adelantar la investigación, cuando existen las causales y mecanismos legales ordinarios encaminados a garantizar la protección del debido proceso, como los enunciados anteriormente.

Fecha ut supra,

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

SENTENCIA No. T-433
septiembre 4 de 1997

DERECHO A LA EDUCACION-Formación integral de calidad/**DERECHO A LA EDUCACION**-Afectación por baja calidad

El deber del Estado de garantizar el derecho a la educación, no se agota en el momento en que el estudiante accede al sistema, es decir, que no basta para su realización plena con que el individuo tenga la real posibilidad, en el caso de la educación superior, de ingresar a una universidad pública si previamente ha demostrado las calidades que se exigen para adelantar una determinada carrera, se requiere paralelamente del ofrecimiento por parte de la respectiva institución, de una educación que garantice una formación integral de calidad, la cual sólo se logra a través de metodologías y procesos pedagógicos sólidamente fundamentados en la teoría y la práctica, dirigidos y orientados por docentes especialistas en las distintas áreas, que con dedicación y profesionalismo conduzcan el proceso formativo de sus alumnos.Una educación de baja calidad, soportada en procesos de formación débiles y carentes de orientación y dirección, no solo afecta el derecho fundamental a la educación de quien la recibe, sino el derecho de la sociedad a contar con profesionales sólidamente preparados que contribuyan con sus saberes específicos a su consolidación y desarrollo, mucho más cuando provienen de instituciones públicas financiadas por el Estado.

PROCESO EDUCATIVO DE CALIDAD-Responsabilidad de todos

La Educación de calidad es responsabilidad directa de todos y cada uno de los diferentes actores que conforman la comunidad universitaria, de sus directivas, docentes y estudiantes, los cuales en desarrollo de la autonomía que le reconoce la C.P. a esas instituciones, deberán velar porque los programas académicos que se desarrollan en las mismas, cumplan con los requisitos de calidad que garanticen la formación óptima de profesionales. Obviamente, un mayor grado de responsabilidad recae sobre directivas y docentes, que son quienes tienen a su cargo la formación y orientación de los alumnos, lo que no excluye a éstos últimos del deber de exigir y reclamar, oportunamente, procesos educativos de calidad.

PROCESO EDUCATIVO DE CALIDAD-No reclamación oportuna por estudiante que reprobaron

MEDIO DE DEFENSA ADMINISTRATIVO-Exigencia de calidad en la educación

LIBERTAD DE CATEDRA-Sistema de evaluación sujeta a límites

La libertad de cátedra incluye la potestad del docente para diseñar y desarrollar el sistema de evaluación que considere más pertinente, el cual encuentra límites en los reglamentos de la institución y en las normas de la Constitución y la ley.

PROCESOS DISCIPLINARIOS Y DE EVALUACION-Distinciones

El proceso de evaluación, que de manera autónoma diseña y aplica el docente, no es igual ni se rige por las misma reglas que el proceso disciplinario. Es claro para la Sala, que los actores confunde el desarrollo del proceso de evaluación con el proceso disciplinario; éste último, ha dicho la Corte, se sujeta a los principios y garantías propios del derecho penal[1], que por sus características no son aplicables al proceso de evaluación, pues reprobar una materia no constituye una "falta" disciplinaria como tal, que el "acusador" esté obligado a probar previa la defensa que haga el "acusado"; se trata de un proceso asimétrico en el que se reconoce no solo la autonomía sino la superioridad académica y profesional del docente, que está en capacidad, y tiene la responsabilidad, de imponer su criterio profesional, que compromete, en el caso que se analiza, no solo la formación práctica del interno sino la salud y bienestar de los pacientes.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Autorización a estudiantes para adelantar internado en otra institución.

Las universidades, en desarrollo del principio de autonomía consagrado en el artículo 69 de la C.P., tienen plenas facultades para decidir, sin interferencia de los poderes públicos, asuntos de índole estrictamente académica, siendo sin lugar a duda uno de ellos, la autorización excepcional que imparta a sus estudiantes de medicina para cursar el internado o parte de él en otra institución, sea cual fuere la denominación que se le de a esa autorización. En el Estado social de derecho, ha dicho la Corte, los límites de dicha autonomía deben ser expresos y estar consagrados en la Constitución o en la ley y son legítimos cuando provienen de esta última siempre que no afecten su núcleo esencial; ella se extiende a los aspectos académicos, administrativos y financieros, cuyo manejo no admite intervenciones o interferencias de los poderes públicos, aún en tratándose de instituciones financiadas por el Estado.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Expedición cartas de libertad

Referencia: Expediente T-131194

Accionante: Miller Ervey Velasco y Otros.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., septiembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala de Revisión de Tutelas, integrada por los H. Magistrados Jorge Arango Mejía, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre la acción de tutela instaurada directamente por Miller Ervey Velasco, Fabio Alberto Molina y Oscar Perea Mondragón, contra la Universidad del Cauca.

I. ANTECEDENTES.

Los señores Miller Ervey Velasco, Fabio Alberto Molina y Oscar Perea Mondragón, interpusieron acción de tutela contra la Universidad del Cauca y específicamente contra la Facultad de Medicina de esa institución de educación superior, por considerar que vulneraron sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad, al buen nombre, al debido proceso, y su derecho de petición. Los hechos que dieron lugar a la demanda son los siguientes:

Los actores, estudiantes de la facultad de medicina de la universidad del Cauca, una vez culminaron los once primeros semestres de la carrera, iniciaron el periodo de internado que comprende dos semestres académicos, durante los cuales realizan prácticas de dos meses cada una en los diferentes departamentos del hospital universitario, bajo la supervisión de docentes especialistas.

Una de esas prácticas, conocidas como rotaciones, fue la de ginecología y obstetricia, la cual realizaron los actores entre el 14 de junio y el 12 de agosto de 1996; al concluirla fueron evaluados por el pleno de profesores del departamento, con calificaciones inferiores a 3.0, lo que significaba reprobar y repetir la práctica.

Ante esa circunstancia los demandantes solicitaron, primero ante el departamento y luego ante otras varias instancias de la facultad y de la universidad, la "reevaluación" de la práctica, pues consideraban injusta la calificación y cuestionaban la legitimidad de los docentes evaluadores para otorgarla, dado que según ellos, la mayoría de profesores, por estar disfrutando de vacaciones no tuvo ningún tipo de contacto con los estudiantes durante la rotación, lo que obligó a los internos a limitarse a "asistir" a los residentes, con la grave consecuencia de desarrollar un proceso de formación práctica deficiente y carente de la orientación y consejo de los docentes especialistas.

La petición de "reevaluación" de la práctica les fue negada por las diferentes instancias, incluso por el Consejo Académico de la Universidad, el cual acogió las recomendaciones de una comisión que nombró con el objeto de revisar el caso, motivo por el cual los actores decidieron solicitar la expedición, por parte de la facultad, de un documento que denominan "carta de libertad", a través del cual se les autorizaría a continuar el internado en una institución diferente, como, según ellos, anteriormente había sucedido con otros estudiantes; esa solicitud también fue negada por las directivas de la facultad, que argumentaron que las mencionadas "cartas" se habían expedido hasta el semestre inmediatamente anterior, y que no contaban con suficientes internos para suplir los cupos del hospital universitario, por

lo que los actores debían cumplir con el compromiso adquirido en el momento de la matrícula y continuar su internado en la institución demandada.

El no cumplimiento de las responsabilidades académicas por parte de los docentes del departamento de ginecología y obstetricia, que según los demandantes ocasionó un débil y deficiente proceso de formación práctica, no acorde con los objetivos del mismo según los reglamentos vigentes; la negativa de las diferentes instancias de la facultad y de la universidad a dar una respuesta "satisfactoria" a sus demandas, esto es ordenar la "reevaluación" solicitada y sustentar con las "pruebas" correspondientes la calificación otorgada, a más de la negativa a expedirles la "carta de libertad" que les permitiría continuar sus estudios de internado en otra institución, no obstante que otros internos si habían sido autorizados para el efecto, constituyen, en opinión de los demandantes, los hechos a través de los cuales la facultad de medicina y la universidad del Cauca violaron sus derechos fundamentales a la educación, al debido proceso, a la igualdad y su derecho de petición, para los cuales solicitaron amparo a través de la acción de tutela.

II. FALLOS QUE SE REVISAN

A. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

EL Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Popayán mediante providencia del 18 de febrero de 1996, resolvió la tutela de la referencia concediendo el amparo solicitado por los actores, al considerar que la universidad del Cauca efectivamente violó sus derechos fundamentales al debido proceso y a la educación; al efecto, le ordenó a la demandada que en el término de 48 de horas concediera la "carta de libertad a los tutelantes, para que realicen su internado en institución diferente al hospital universitario San José de Popayán".

La sentencia proferida se fundamentó en los siguientes argumentos:

Dado que la acción de tutela procede contra entidades públicas encargadas de la prestación de un servicio público, y que la universidad del Cauca es una institución de esa naturaleza cuyo objeto es brindar educación superior, la acción era procedente.

No obstante que la Constitución reconoció la autonomía de las universidades, la cual se entiende como libertad de auto-organización y auto-regulación, que a su vez se traduce en la posibilidad de darse sus propias directrices, ello no implica que la demandada pueda actuar en los procesos de formación y evaluación ajena a las disposiciones de un determinado y público reglamento que garantice la efectividad del derecho de contradicción de los estudiantes.

En el caso sub-examine, del análisis de las pruebas recogidas, entre ellas varias declaraciones de docentes y directivos de la universidad, concluye el a-quo que ninguna de las partes tenía claro el reglamento aplicable al programa de internado de la facultad de medicina, específicamente en lo que se refiere al sistema de evaluación; así, anota, unos dicen que es el Acuerdo 002 de 1988, Reglamento Estudiantil de la universidad, y otros que es el reglamento interno del Departamento de ginecología y obstetricia no obstante que éste no se refiere a los procedimientos de evaluación.

Señala que la facultad estaba obligada a expedir un reglamento para la rotación, de conformidad con el contenido del Acuerdo 02 de noviembre de 1993 de ASCOFAME, en el cual se lee que las universidades, a través de las facultades de medicina, elaborarán un programa específico de internado que incluya reglamentos, objetivos, rotaciones, actividades, criterios y métodos de evaluación.

Si bien, dice la Juez de primera instancia, algunos de estos aspectos se encuentran regulados en forma dispersa en la universidad del Cauca, lo referente a procesos y sistemas de evaluación del internado en la facultad de medicina "...al parecer es a criterio de los docentes de la época", lo que, concluye, viola el derecho de los estudiantes al debido proceso; de otra parte, al negárseles la posibilidad de continuar con sus estudios en otra institución, no expidiéndoles la denominada "carta de libertad", se les impide el acceso a la educación y por consiguiente se les vulnera también ese derecho fundamental, razones que sirvieron de base a la decisión de tutelar esos derechos.

B. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La universidad demandada, a través de apoderado, impugnó la decisión de primera instancia, correspondiéndole a la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán conocer en segunda instancia el proceso de acción de tutela de la referencia.

Dicha Corporación profirió sentencia el 11 de abril de 1997, confirmando la decisión del a-quo consignada en el punto primero de su fallo, en el sentido de amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la educación de los actores. De otra parte, "modificó" el punto segundo del aludido fallo, que ordenaba que en el término de 48 horas la universidad expidiera las respectivas "cartas de libertad" que solicitaban los actores, "...dejando sin efecto las decisiones tomadas por la Universidad del Cauca a través de los consejos de facultad y académico, para que ésta se sirva darle estricto cumplimiento al artículo 58 del Acuerdo 002 de 1988, Reglamento Estudiantil, y para que si los accionantes lo consideran necesario se les expida la carta de libertad sin limitaciones de ninguna índole, si todavía no ha sido expedida."

Lo anterior por cuanto en cumplimiento del fallo de primera instancia, la universidad, con fecha 21 de febrero de 1997, expidió la denominada "carta de libertad" a los demandantes, anotando en el texto de la misma que lo hacía en cumplimiento de una providencia judicial cuyas decisiones no compartía y que no se responsabilizaba "... de los efectos académicos y administrativos que se generen como consecuencia de dicha orden, en razón de las acciones que la universidad del Cauca adelantará", lo cual en opinión de los actores no era más que una manera de burlar el fallo proferido por el a-quo.

El apoderado de la universidad demandada fundamentó su impugnación en los siguientes puntos:

El fallo, dice, traduce un criterio facilista y simplista del juez constitucional de primera

instancia, pues descansa en el criterio subjetivo de la funcionaria que lo profirió, que concluyó que en la universidad del Cauca no existe para los actores el ambiente propicio para que repitan el internado "...y de esa manera nutran sus escasos conocimientos prácticos en el área de la gineco-obstetricia."

Aduce que todos los docentes que declararon en el proceso de tutela, son profesores de altísimas calidades científicas, y "...todos coinciden en sostener que los actores carecen de los conocimientos necesarios y, por lo mismo, no son aptos para la práctica."

En cuanto al reconocimiento que el a-quo hace de la denominada "carta de libertad" que solicitan los demandantes, basada en decisiones de una asociación - ASCOFAME- distinta a la universidad, señala que no solo desconoce la autonomía que la Constitución le reconoce a las instituciones de educación superior, sino que contradice el reglamento estudiantil de la misma, que no contempla dicha figura.

Por último, manifiesta que es preocupante ".. que haya hecho carrera entre los estudiantes de la universidad la creencia de que quien tenga un problema académico le basta promover la acción de tutela ante la justicia penal para resolverlo."

III. COMPETENCIA

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto - Ley 2591 de 1991, la Sala es competente para revisar las sentencias producidas durante el proceso de tutela de la referencia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Las acusaciones que presentan los actores contra los docentes y directivas de la Facultad de Medicina de la Universidad del Cauca, en las cuales según ellos se origina la violación de varios de sus derechos fundamentales, son en esencia las que se relacionan a continuación; ellas serán objeto de análisis por parte de la Sala con el objeto de verificar si efectivamente dieron origen o no a la vulneración de dichos derechos:

Primera acusación. El incumplimiento por parte de la mayoría de los docentes del departamento de ginecología y obstetricia, de sus responsabilidades académicas para con los estudiantes de internado, violó su derecho a una educación de calidad, al impedir que éstos desarrollarán un proceso de formación práctica sólido y debidamente dirigido y orientado por los especialistas a cargo.

Los actores iniciaron el 14 de junio de 1996 los dos semestres de internado que prevé el programa académico que adelantan, los cuales se definen como periodos académicos teórico prácticos que realizan bajo la supervisión de docentes especialistas en cada área. Durante el internado, los estudiantes realizan "rotaciones" de dos meses cada una por las diferentes áreas, una de ellas la de ginecología y obstetricia, la cual en el caso que se analiza los demandantes finalizaron el 12 de agosto del mismo año.

Esa área, como las demás, está a cargo de un número plural de docentes especialistas en la materia, en el caso sub-examine nueve, uno de los cuales cumple las funciones de director del respectivo departamento y otro de coordinador de internos; la mayoría de esos docentes, según los demandantes, no cumplieron a cabalidad con sus responsabilidades de tipo académico, violando con su actitud lo dispuesto en los reglamentos de la universidad, en especial el manual de actividades del internado, y vulnerando su derecho fundamental a la educación, al impedirles acceder a un proceso de formación integral de calidad, pues las actividades académicas fueron mínimas y las prácticas en algunos casos ni siquiera se realizaron una sola vez.

Señalan que salvo el caso de tres de los nueve docentes, su actividad académica durante la rotación en obstetricia se limitó a pasar revista ordinaria a los pacientes en compañía de los médicos residentes, sin contar con la presencia y orientación, como lo ordenan los reglamentos, de uno de los docentes bajo cuya responsabilidad está dicho periodo de rotación, entre otras cosas porque algunos de ellos se encontraban en vacaciones.

> "Durante nuestra rotación por ese departamento [dicen], nunca se realizó (sic) gran parte de las actividades descritas en el manual de actividades del internado rotatorio del programa de ginecología, pues nunca se realizó revisión de temas, ateneos, discusión de casos clínicos con el docente, entrada con el docente a cesáreas, atención del parto en presencia del docente, salvo en algunas ocasiones y por iniciativa propia que recibimos instrucciones de parte de algunos médicos residentes y los tres docentes antes descritos."

De acuerdo con lo certificado por el Jefe de la División de Recursos Humanos de la Universidad del Cauca, oficio DRH 036 de 12 de febrero de 1997, dirigido a la juez de tutela de primera instancia (folio 187 del expediente), cinco de los nueve docentes adscritos al departamento de ginecología y obstetricia, en diferentes fechas disfrutaron de vacaciones entre los meses de julio y agosto de 1996, entre ellos la directora del mismo quien fue debidamente reemplazada, eso indica que al frente de la rotación siempre estuvieron por lo menos cinco profesores que se encargaron de dirigir y orientar a los internos.

La acción de tutela tiene carácter subsidiario y no procede, como en la situación que se analiza, cuando existiendo otros medios de defensa, en este caso de carácter administrativo, éstos no fueron utilizados oportunamente.

Para la Corte es claro que el deber del Estado de garantizar el derecho a la educación, no se agota en el momento en que el estudiante accede al sistema, es decir, que no basta para su realización plena con que el individuo tenga la real posibilidad, en el caso de la educación superior, de ingresar a una universidad pública si previamente ha demostrado las calidades que se exigen para adelantar una determinada carrera, se requiere paralelamente del ofrecimiento por parte de la respectiva institución, de una educación que garantice una formación integral de calidad, la cual sólo se logra a través de metodologías y procesos pedagógicos sólidamente fundamentados en la teoría y la práctica, dirigidos y orientados por docentes especialistas en las distintas áreas, que con dedicación

y profesionalismo conduzcan el proceso formativo de sus alumnos.

Una educación de baja calidad, soportada en procesos de formación débiles y carentes de orientación y dirección, no solo afecta el derecho fundamental a la educación de quien la recibe, sino el derecho de la sociedad a contar con profesionales sólidamente preparados que contribuyan con sus saberes específicos a su consolidación y desarrollo, mucho más cuando provienen de instituciones públicas financiadas por el Estado.

Esa educación de calidad es responsabilidad directa de todos y cada uno de los diferentes actores que conforman la comunidad universitaria, de sus directivas, docentes y estudiantes, los cuales en desarrollo de la autonomía que le reconoce el artículo 69 de la C.P. a esas instituciones, deberán velar porque los programas académicos que se desarrollan en las mismas, cumplan con los requisitos de calidad que garanticen la formación óptima de profesionales. Obviamente, un mayor grado de responsabilidad recae sobre directivas y docentes, que son quienes tienen a su cargo la formación y orientación de los alumnos, lo que no excluye a éstos últimos del deber de exigir y reclamar, oportunamente, procesos educativos de calidad.

Sin embargo, en el caso sub-examine, llama la atención de la Sala que el reclamo de los estudiantes solo se produzca a partir del momento en que conocen la decisión del pleno de docentes de reprobarlos en la práctica de ginecología y obstetricia, y que durante el tiempo que se realizó la rotación, ni ellos ni sus compañeros hubieren adelantado ninguna acción tendiente a exigir que los docentes a cargo de la práctica cumplieran con las obligaciones que les correspondían[1]; el comportamiento de los demandantes indica que de haber aprobado la práctica, no obstante considerar que la misma no suplió en lo más mínimo los objetivos para la cual está concebida, se hubieran resignado a una rotación mediocre, carente de dirección y orientación que según ellos nada les aportó en su proceso de formación profesional, actitud que por lo demás desdice de la solidez del fundamento ético de la petición de los actores.

Los estudiantes de internado que interpusieron la acción de tutela, son personas en pleno uso de sus capacidades, y como tales tenían, no solo la posibilidad sino la obligación de proteger, si lo consideraban amenazado, su derecho a una educación de calidad de manera oportuna, exigiendo a las directivas y docentes de la universidad el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los profesores responsables de la rotación en el departamento de ginecología y obstetricia, para lo cual, de conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 002 de 1988, Reglamento Estudiantil de la Universidad del Cauca, que les es aplicable dada su condición de alumnos de pregrado de la facultad de medicina de esa institución, contaban con medios y acciones concretas y específicas, que hubieran podido utilizar y adelantar, como lo hicieron posteriormente, ante la dirección del respectivo departamento, ante la coordinación de internos, ante el consejo académico de la facultad, o en última instancia ante el consejo académico de la universidad, instancias

1 Si bien reposan en el expediente cartas de algunos internos distintos a los actores, dirigidas a los directivos de la facultad, en las que cuestionan la calidad de la práctica, todas ellas son posteriores a la fecha de terminación de la misma.

todas que estaban en la obligación de garantizarles las condiciones requeridas para realizar debidamente la práctica.

La acción de tutela, como reiteradamente lo ha señalado esta Corporación, sólo procede ante la ausencia de otro medio que garantice la efectiva e inmediata protección del derecho fundamental presuntamente vulnerado; en el caso que se analiza, en el que se alega la vulneración del derecho a una educación de calidad por la ausencia de a un grupo de docentes, la pregunta que surge es si los demandantes contaban o no con otro medio de defensa, distinto al recurso excepcional de amparo.

Al respecto hay que señalar que teniendo en cuenta que la violación de los derechos fundamentales se le imputa a una institución que goza de plena autonomía académica, administrativa, financiera y presupuestal, los medios consignados en sus respectivos reglamentos para dirimir conflictos y situaciones como la planteada, en la medida en que sean realmente efectivos para la eventual defensa de los derechos de los distintos actores, constituyen esos otros medios de defensa, en este caso de carácter administrativo, a los cuales los demandantes debieron acudir para reclamar en su momento los correctivos necesarios, y no esperar a "perder" la práctica para ahí si solicitarle a las diferentes instancias, no la protección del derecho, sino la adopción de medidas "satisfactorias", que para los actores no son otras que la "reevaluación", la cual por lo demás no es posible ni pertinente dado el carácter práctico de la asignatura.

La acción de tutela tiene carácter subsidiario y no procede, como en la situación que se analiza, cuando existiendo otros medios de defensa, en este caso de carácter administrativo, éstos no fueron oportunamente utilizados por sus titulares, quienes de acuerdo con los términos de su demanda, ante la expectativa de "pasar" la materia, estaban dispuestos a resignarse a un proceso de formación que califican de débil y sin orientación.

Segunda acusación. Según los actores el proceso de evaluación que se produjo en la rotación de ginecología y obstetricia, violó su derecho fundamental al debido proceso.

Terminado el periodo de rotación en ginecología y obstetricia, los demandantes fueron evaluados y calificados por el pleno de profesores del programa con nota inferior a tres (3.0), motivo por el cual debían repetir esa práctica; ante esa situación, para ellos injusta, a través de escrito de 3 de septiembre de 1996 le solicitaron a la directora del departamento, doctora María Piedad Acosta Arango, "...una reevaluación [que incluyera] a los residentes del rote", en la que los docentes explicaran el por qué de esa calificación, solicitud que siete días después fue respondida negativamente por la funcionaria, quien les informó, por escrito, que la evaluación había sido hecha en forma personalizada a lo largo del periodo de rotación por los docentes del departamento, y en cuanto a los residentes, que si bien ellos emitían un concepto que el pleno tenía en cuenta, no estaban autorizados para participar en la asignación de la nota.

Alegan los demandantes que esa calificación, además de injusta, fue impuesta violando el derecho fundamental al debido proceso del que son titulares según la Constitución Política, por los siguientes motivos:

Porque la calificación fue emitida por los nueve docentes no obstante que solo tres de ellos podían hacerlo, pues con los seis restantes "...nunca se desarrolló una labor práctico - académica que les permitiera evaluar con suficientes elementos de juicio [su] desempeño en la respectiva sala".

Porque teniendo en cuenta las características de la evaluación que se produce por el cuerpo de profesores del departamento, quienes se presume califican el desempeño integral de los estudiantes, en opinión de los actores "dicha nota debe estar conformada por notas parciales de cada una de las salas que integran, es decir que debían existir como mínimo nueve calificaciones parciales que al final integraran la nota definitiva", calificaciones que nunca conocieron, entre otras cosas porque nunca tuvieron contacto con algunos de los docentes a cargo de las citadas salas.

Manifiestan que el proceso de evaluación debe ser "progresivo", lo que implica que periódicamente el respectivo docente les haga conocer las calificaciones parciales, pues solo así se garantiza que el estudiante sepa si su proceso de aprendizaje está o no fallando y se le permite a éste corregir, si es del caso, las deficiencias que se le atribuyan, lo contrario, esto es que solo a última hora se le notifique que ha perdido la materia, implica que se le niegue al alumno la posibilidad de corregir su proceso de aprendizaje.

De otra parte, consideran que se violó el artículo 58 del Acuerdo 002 de 1988, Reglamento Estudiantil de la Universidad del Cauca, que señala que las notas de los exámenes deben ser entregadas por el profesor dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al examen y que las mismas deben ser publicadas por la secretaría, contando el estudiante con los siguientes tres (3) días hábiles para hacer sus reclamos y solicitar correcciones; en su caso, dicen, conocieron el resultado de la evaluación por terceras personas, veinte días después de terminada la rotación, lo que les impidió ejercer su derecho de contradicción.

El proceso de evaluación de una asignatura académica, sea práctica o teórica, le corresponde definirlo al docente o docentes a cargo de la misma.

Los actos académicos, ha dicho esta Corporación "...son objeto de tutela porque no son objeto de control por parte de la justicia contencioso-administrativa...Por consiguiente, si no son susceptibles de [ese control], el único medio de defensa que tiene la persona frente a actos académicos será el de control constitucional ante los actos de violación de derechos fundamentales."[2]

También ha dicho la Corte, que "...el carácter vinculante de la Constitución (C.P. art.4), así como la naturaleza del servicio público que prestan las universidades, hacen que el ejercicio concreto de la autonomía universitaria, manifestado básicamente a través de una serie de poderes de orden discrecional, deba ajustarse a los valores, principios y derechos en ella consagrados. Por esta razón, el juez constitucional se encuentra facultado para controlar las

2 Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

actuaciones arbitrarias que lleven a cabo las universidades, dentro del ámbito de autonomía que la Carta Política les concede, cuando éstas afecten los derechos fundamentales de sus miembros."[3]

El interrogante que debe dirimir el juez constitucional en el caso que se revisa, dada la acusación de los actores de que la demandada violó su derecho fundamental al debido proceso, es si el proceso de evaluación que adelantaron los docentes a cargo de la práctica en ginecología y obstetricia, tal como lo sostienen los jueces de primera y segunda instancia, constituyó una actuación arbitraria que lo desconoció y vulnero su núcleo esencial.

Lo anterior por cuanto la decisión del a-quo, confirmada en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal de Popayán, de tutelar el derecho al debido proceso de los actores, se basa, según los términos de la providencia, en el hecho de que no existe en los reglamentos de la demandada un proceso específico de evaluación del internado, lo que permite que la misma sea "a criterio de los docentes de la época", con lo que, según ellos, se viola ese derecho fundamental de los estudiantes.

Para la Sala el planteamiento que sirvió de base a la decisión del juez de primera instancia es equivocado, pues como lo ha dicho esta Corporación en anteriores oportunidades, si bien los reglamentos de las universidades deben contener los criterios básicos para el diseño y aplicación de esos procesos, y éstos, desde luego, deben ajustarse a los mandatos de la Constitución y la ley, la libertad de cátedra, que se reivindica como derecho fundamental de quienes ejercen la docencia (C.P. art. 27), incluye para éstos la facultad de determinar el sistema de evaluación que aplicarán a sus asignaturas, sin que ello ocasione la vulneración del derecho fundamental de los alumnos que consagra el artículo 29 de la C.P.

La libertad de cátedra incluye la potestad del docente para diseñar y desarrollar el sistema de evaluación que considere más pertinente, el cual encuentra límites en los reglamentos de la institución y en las normas de la Constitución y la ley.

> "La "libertad de cátedra", tiene un destinatario único y este es el educador, cualesquiera fuese su nivel o su especialidad. El profesor, conocedor de su materia y preparado en el área, es libre de escoger el sistema que guiará el desarrollo de la materia **y determinará la forma de evaluación**, conforme a las disposiciones que reglamenten la actividad educativa."
>
> "Por lo tanto, la libertad de cátedra es el derecho garantizado constitucionalmente a todas las personas que realizan una actividad docente a presentar un programa de estudio, investigación y **evaluación** que según su criterio, se refleja en el mejoramiento del nivel académico de los educandos. Esto no quiere decir que la libertad de cátedra sea absoluta, sus límites están dados por la Constitución y la ley, sin que en su ejercicio puedan desatenderse los fines de la educación : formar colombianos que respeten los derechos humanos, la paz y

3 Corte Constitucional, Sentencia T 301 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

la democracia." (Corte Constitucional, Sentencia C-92 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.)

Como se dijo antes, dado el carácter autónomo de la entidad demandada, los reglamentos que ella produce son los que regulan las relaciones entre los diferentes actores que conforman la comunidad académica, siempre y cuando sus disposiciones se ajusten a los mandatos de la Constitución y la ley.

En el caso que se analiza, el Reglamento Estudiantil, contenido en el Acuerdo 002 de 1988 expedido por el Consejo Superior, regula, de forma general, a través del capítulo VI, lo referente a la evaluación y las calificaciones, normas a partir de las cuales cada docente, de manera autónoma, define los procesos de evaluación que aplicará en las materias que dicte.

Lo primero que hay que aclarar es que dicho reglamento es aplicable a los estudiantes de internado, pues ellos son estudiantes regulares de pregrado que formalizaron su matrícula de conformidad con las disposiciones del capítulo II del reglamento, la cual renuevan semestre a semestre; ese reglamento es una norma de carácter general aplicable a todos los estudiantes de la universidad del Cauca, sin que puedan eximirse aquellos que adelantan procesos de formación práctica, no obstante la existencia de reglamentos específicos que rijan el desarrollo de esas actividades, como el que se aplica en el departamento de ginecología y obstetricia, si, como ocurre en el caso que se revisa, éste se limita a regular aspectos formales de la rotación, horarios, implementos y uniformes que se deben utilizar, turnos y procedimientos de entrega de los mismos, etc., que no incluyen lo relativo a la evaluación, para el cual deberán remitirse a las normas del reglamento general.

Ahora bien, en cuanto a la evaluación, el artículo 36 del mencionado reglamento establece :

"**Artículo 36.** Se entiende por evaluación estudiantil el proceso continuo y permanente que se desarrolla a través de un período académico y que busca, mediante la observación, la confrontación y el análisis de los diversos factores que intervienen en el proceso de enseñanza y aprendizaje, verificar lo logros alcanzados por el estudiante en relación con los objetivos propuestos para cada asignatura."

En el caso del internado, el proceso de evaluación diseñado y desarrollado por los docentes del departamento de ginecología y obstetricia se caracteriza por ser continuo y permanente, como lo establece el reglamento general de la universidad, pues se realiza a través de la práctica del interno observada, guiada y orientada por un profesor (no necesariamente deben estar presentes todos), en el momento mismo en que se sucede el hecho clínico; durante cada práctica en particular el alumno "actúa", orientado y de ser el caso corregido por el profesor, quien encuentra apoyo en el residente, lo que hace que en tales circunstancias se haga improcedente e inaplicable la exigencia al docente, reclamada por los actores, de "probar", en cada situación, los motivos que lo llevan a corregir un determinado procedimiento adelantado por el alumno, o a considerar que la destreza y los conocimientos teóricos que sustentan la labor realizada son insuficientes, (suministrar un medica-

mento y no otro, utilizar de tal o cual forma un equipo o instrumento etc.); exigir, como lo hacen los actores, que sus profesores "demuestren" y dejen constancia en cada caso de las razones que motivaron una determinada apreciación sobre su habilidad y preparación, contradice la esencia misma de la práctica, cuya evaluación, como quedó dicho, le corresponde diseñarla y realizarla al docente responsable de la asignatura, en este caso al pleno de profesores del departamento, sin que ello implique ninguna violación del ordenamiento superior.

El proceso de evaluación, que de manera autónoma diseña y aplica el docente, no es igual ni se rige por las misma reglas que el proceso disciplinario.

Es claro para la Sala, que los actores confunden el desarrollo del proceso de evaluación con el proceso disciplinario; éste último, ha dicho la Corte, se sujeta a los principios y garantías propios del derecho penal[4], que por sus características no son aplicables al proceso de evaluación, pues reprobar una materia no constituye una "falta" disciplinaria como tal, que el "acusador" esté obligado a probar previa la defensa que haga el "acusado"; se trata de un proceso asimétrico en el que se reconoce no solo la autonomía sino la superioridad académica y profesional del docente, que está en capacidad, y tiene la responsabilidad, de imponer su criterio profesional, que compromete, en el caso que se analiza, no solo la formación práctica del interno sino la salud y bienestar de los pacientes.

Tanto es así, que el reglamento de la universidad demandada contempla, como se dijo, en el capítulo VI lo referente a la evaluación y las calificaciones, mientras que el régimen disciplinario lo consagra y desarrolla en el capítulo XI; al analizar el contenido de las normas citadas se encuentra que la pérdida de una materia no constituye falta que origine la iniciación de un proceso disciplinario y que entre las sanciones que se contemplan por la comisión de una falta no se incluye la de repetir una práctica.

Ahora bien, eso no implica que se de vía a la arbitrariedad del docente al diseñar y desarrollar éste el respectivo proceso de evaluación, de ahí la pertinencia, en el caso que se analiza, de que la evaluación la efectúe un colegiado, cuyos integrantes, autónomos para escoger el sistema de evaluación de la asignatura a su cargo, están en la obligación de respaldar, con la debida motivación, sus apreciaciones y decisiones al momento de imponer la nota definitiva o reconsiderarla.

Considera la Sala que tal motivación en el caso de los actores se produjo, y ello lo verificó al analizar el contenido de las respectivas hojas de evaluación que reposan en el expediente a los folios 167, 168 y 169, en las cuales se anotaron las razones que dieron origen a la nota reprobatoria, razones, que según lo expresado por la directora del departamento y el coordinador de internos conocían los actores, afirmación que no se desvirtúo durante el proceso. En efecto, la directora del departamento de ginecología y obstetricia, en respuesta enviada al Coordinador del Comité Curricular de la Facultad de Ciencias de la Salud, que le había solicitado un informe sobre el caso de la referencia para atender la petición de "ree-

4 Corte Constitucional, Sentencia T-092 de 1994, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero

valuación" de los demandantes dijo:

> "No debería sorprenderles su nota de evaluación final, puesto que el tiempo de su permanencia se les llamó la atención en diferentes ocasiones respecto a sus deficientes conocimientos científicos, fisiopatológicos básicos y clínicos, a su falta de interés en las rotaciones, su ausencia durante las revisiones de tema llevadas a cabo por los docentes y/o residentes, impuntualidad, su falta de responsabilidad en el desempeño de las labores y su total apatía para mejorar, como consta en la hoja de evaluación personal; sumando a esto errores crasos en el manejo de pacientes que incluso pusieron en peligro la vida de uno de ellos."

El reglamento de la universidad demandada contiene unas pautas generales a partir de las cuales el docente debe diseñar, autónomamente, el proceso de evaluación de su materia, así, por ejemplo, indica en el artículo 37 que la evaluación puede "...efectuarse mediante la utilización de diferentes instrumentos...entre ellos ejercicios prácticos de taller, de laboratorio, o de campo, etc., que constituyen los exámenes. El profesor deberá, al inicio de cada periodo académico, informar de los contenidos de los programas, los criterios, la ponderación y la metodología de evaluación de la asignatura."

En el caso sub-examine, los docentes a cargo de la práctica de ginecología y obstetricia, por razones que aparecen obvias para el juez constitucional que revisa las decisiones de primera y segunda instancia, consideraron que el instrumento más adecuado para efectos de evaluación era la observación directa del respectivo docente sobre el comportamiento del interno durante la práctica, la cual en concordancia con lo establecido en el reglamento se constituía en un examen "progresivo" como el que demandan los actores, observación que posteriormente se debatía y calificaba en una reunión del pleno celebrada al finalizar el curso, como en efecto ocurrió. En cuanto al contenido del programa y las actividades a realizar durante el mismo, éstas fueron debidamente informadas a los internos, a quienes se les entregó el manual de actividades (folios 55 a 63 del expediente) y el reglamento de internos del departamento (folios 158 y 159 del expediente), en el cual se hace referencia expresa a la hoja de evaluación de sus rotaciones, por lo que es inadmisible para la Sala el argumento expuesto por los demandantes, en el sentido de que no conocían ni el sistema de evaluación que se les aplicaba, ni el instrumento en que se consignaban los resultados. Es decir, que los profesores del departamento de ginecología y obstetricia cumplieron con las pautas generales que consagra el artículo 58 del reglamento estudiantil, a partir de la cuales diseñaron un proceso de evaluación que en nada contraría el derecho al debido proceso.

No se trata, como lo pretenden los demandantes, de demostrar que se incumplieron las etapas del proceso disciplinario a que se refiere el capítulo XI del reglamento, ni de probar que se les impidió ejercer su derecho de contradicción, aspectos sustanciales en un proceso de esas características, pero impertinentes e inaplicables en un proceso de evaluación, que en el caso que se analiza debió ajustarse, como ocurrió, a las normas del capítulo VI del reglamento estudiantil, pues sería absurdo pretender que la evaluación de una práctica académica quedara supeditada a que el "evaluador", docente especialista en la materia, en cada circunstancia específica aporte "pruebas" que respalden sus apreciaciones y decisiones sobre el "evaluado", y que éste inmediatamente quede habilitado para ejercer su derecho de

"defensa y contradicción". Se desvirtúan entonces los cargos de violación del derecho fundamental al debido proceso que alegan los demandantes.

Tercera acusación. Según los actores su derecho fundamental de petición fue vulnerado por la demandada, pues ésta no dio respuesta "satisfactoria" a sus solicitudes.

La nota final que adoptó el pleno el 16 de agosto de 1996[5], de conformidad con lo expuesto por la directora del departamento de ginecología y obstetricia en la declaración rendida ante el a-quo el 11 de febrero de 1997 (folio 180 a 183), fue remitida a la secretaría académica de la facultad, en donde debían averiguarla los estudiantes interesados, el 20 de agosto del mismo año; si bien el documento que las contiene (folio 170) no tiene fecha, lo cierto es que al enterarse los actores de las mismas, según ellos por terceros dado el incumplimiento de los docente de lo dispuesto en el artículo 58 del reglamento, éstos procedieron a ejercer lo que denominan su "derecho de contradicción", al presentar, ante diferentes instancias de la universidad, la petición de "reevaluación" de la práctica, instancias todas que respondieron negativamente la solicitud, lo que no implica, como lo afirman los demandantes, que hayan violado su derecho de petición.

El derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la C.P., ha dicho la Corte Constitucional, debe ser efectivo, esto es que supone el derecho a obtener una pronta resolución, lo que no quiere decir, necesariamente, una respuesta favorable a las pretensiones del solicitante:

> "...Lo que hace efectivo el derecho es que la petición elevada sea resuelta rápidamente. De nada serviría el derecho de petición, si la misma Constitución no consagra el correlativo deber de las autoridades de proferir pronta resolución. Desde luego, no puede tomarse como parte del derecho de petición una prerrogativa que lleve forzosamente a que la administración definida de manera favorable las pretrensiones del solicitante.
>
> "Cuando se habla de "pronta resolución", quiere decir que el Estado está obligado a resolver la petición, y no simplemente a expedir constancias de que la recibió. Sin embargo, el sentido de la decisión dependerá de las circunstancias de cada caso en particular y, en esa medida podrá ser positiva o negativa. La obligación del Estado no es acceder a la petición sino resolverla." (Corte Constitucional, Sentencia T-181 de 1993, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

Al analizar el curso que se les dio en las diferentes instancias a las peticiones de los actores, se constata que a través de las respuestas dadas la universidad resolvió efectiva y oportunamente las mismas, no obstante que sus decisiones no llegaron a "satisfacer" a los actores; en efecto:

---

5 Las fechas de definición de las notas por parte del pleno de profesores y de remisión de las mismas a la Secretaría Académica de la Facultad, que no aparecen en los documentos que reposan en el expediente, fueron informadas a la Sala de Revisión por el Decano de la facultad, quien en oficio FCS-936 de 20 de agosto de 1997 respondió las pruebas decretadas por la Sala a través de auto de fecha 14 de agosto de 1997.

El 3 de septiembre de 1996, después de conocer la calificación recibida en la rotación de ginecología y obstetricia, que había culminado el 14 de agosto de ese mismo año, los actores se dirigieron a la directora del departamento para solicitar la "reevaluación" de la práctica.

Esa solicitud fue respondida por la funcionaria a través de escrito del 10 de septiembre de 1996, en el que les informa que la misma ha sido negada dado que se había efectuado en forma personalizada por parte de todos los docentes del departamento. Vale anotar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Reglamento Estudiantil, si lo que pretendían era una revisión de la calificación final, debieron dirigirse al Decano, quien a su vez tendría que haberla negado, pues por obvias razones sólo le es dado autorizarla cuando se trata de exámenes escritos.

El 10 de septiembre de 1996, una vez conocieron la respuesta de la directora del departamento a su solicitud de "reevaluación", los actores se dirigieron por escrito al Consejo Académico de la Facultad de Ciencias de la Salud, insistiendo en la "reevaluación" y denunciando presuntas irregularidades cometidas en el respectivo departamento, instancia que el 18 de septiembre del mismo año les contestó a través de la secretaría, señalándoles que las notas que les había dado el cuerpo docente del departamento se ratificaba, ya que en concepto de ese consejo se ajustaba a la realidad.

Al no obtener "una respuesta satisfactoria" a sus pretensiones, los demandantes se dirigieron por escrito del 22 de septiembre de 1996 a la secretaría académica de la Facultad de Ciencias, solicitando esta vez que se les expidiera la correspondiente "carta de libertad", documento que les permitiría continuar sus estudios de medicina en otra institución, solicitud que fue negada por esa instancia a través de comunicación FSC-754 de 18 de octubre de 1996, en la que se decía que ello no era posible pues la política de la universidad es "dar continuidad en forma total al proceso de formación de pregrado incluyendo el año de internado rotatorio", y que además el número de internos egresados no alcanzaba a suplir la demanda de cupos del hospital de San José, argumento que según los demandantes lesiona "su integridad como personas ya que son tratados como cupos".

Señalan, "que al no obtener respuesta favorable o desfavorable a nuestra petición, nos vimos obligados..." [el 15 de octubre de 1996] a presentar renuncia, ante la facultad de medicina, a continuar con el internado en la universidad del Cauca, renuncia que según ellos no era voluntaria sino que obedecía a las circunstancias que no les dejaban otra alternativa.

Esa renuncia no fue aceptada por el decano de la facultad, quien a través de comunicación FCS de 18 de octubre de 1996, le manifestó a los demandantes que "...debían continuar con las rotaciones programadas y repetir la rotación de ginecología y obstetricia al final del internado", pues "...a partir de este semestre la facultad suspendió la salida de estudiantes para realizar su internado en otros hospitales diferentes al hospital universitario San José de Popayán."

El caso y las solicitudes de los actores fueron remitidos en segunda instancia al Consejo Académico de la Universidad, instancia que el 6 de noviembre de 1996 resolvió nombrar

una comisión integrada por el representante profesoral en el consejo, la vice-rectora académica y el representante de los estudiantes ante esa corporación, para que se encargara de revisar el proceso de evaluación adelantado y conceptuara sobre las solicitudes de los estudiantes.

No obstante que los actores afirman que al momento de interponer la acción de tutela (27 de enero de 1997), ni la comisión designada ni el Consejo Académico se habían pronunciado sobre su situación, ocasionándoles graves perjuicios pues, dicen, "...no deseamos terminar el internado en el hospital universitario de San José y continuar siendo víctimas de los oídos sordos de las directivas de nuestra universidad", a renglón seguido manifiestan que a través del Acta No.37 (dicha acta tiene fecha 27 de noviembre de 1997), el Consejo Académico resolvió desfavorablemente su petición, al acoger el concepto negativo de la comisión, información que según ellos no les había sido notificada y que conocieron por intermedio del estudiante que hacía parte de la misma, el cual se apartó del concepto de sus compañeros y les informó de la "forma irregular como se había manejado el asunto".

El 12 de diciembre de 1996, "indignados" por la situación, solicitaron al decano de la facultad de medicina la cancelación de la matrícula como estudiantes del internado, la cual fue aceptada por dicha facultad, de conformidad con lo establecido en el capítulo VIII del Reglamento Estudiantil, a través de la Resolución No. 046 de 19 de diciembre de 1996.

Es claro y evidente, que en ningún momento la universidad demandada, a través de sus diferentes instancias, vulneró el derecho fundamental de petición de los actores, al contrario siempre resolvió sobre sus solicitudes, aunque negándolas, incluso apoyándose en el concepto de miembros de la misma comunidad universitaria ajenos al problema, por lo que se desvirtúia también esa acusación.

De otra parte, es pertinente señalar que la negativa de las diferentes instancias a atender positivamente las pretensiones de los actores, tampoco vulneró su derecho a la educación, pues no se les negó el acceso a la misma, al contrario, las directivas de la facultad insistieron en que continuaran con sus estudios de internado y repitieran la rotación en ginecología y obstetricia, materia en la cual mostraban deficiencias, y que según los estudiantes en realidad no se había realizado.

La universidad es autónoma para determinar en que casos autoriza a sus estudiantes de medicina para adelantar o proseguir el internado en una institución diferente a la definida por ella para el efecto.

Los demandantes consideraron también violados sus derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, con la decisión de la decanatura de la facultad de ciencias de la salud[6], ratificada posteriormente por el Consejo Académico de la universidad, de negarles la expedición de "la carta de libertad", esto es la autorización que ellos solicitaron para proseguir

6 El texto de la respuesta del decano de la Facultad de Ciencias de la Salud, a la solicitud de los actores, referida a la expedición de la "carta de libertad", contenido en el oficio FCS-754 de 18 de octubre de 1996, se encuentra al folio 42 del expediente.

sus estudios de internado en una institución distinta al hospital universitario de San José de Popayán.

La negativa de la universidad se sustentó en los siguientes puntos:

- Que la expedición de dichas autorizaciones, que se había efectuado hasta el semestre inmediatamente anterior, se había suspendido.

- Que era política de la facultad que sus estudiantes realizarán en la universidad y en su hospital la totalidad de sus estudios, incluido el internado.

- Que para cumplir con los compromisos que la facultad tenía con el hospital universitario en lo referente a cupos de internos, contaban con ellos, y por eso habían rechazado solicitudes de estudiantes de otras universidades.

De otra parte, al responder la acción de tutela que interpusieron los actores, el apoderado de la universidad y varios de sus docentes afirmaron que ningún reglamento de la institución o la facultad contempla la existencia de esa figura, por los que las "cartas" que habían sido otorgadas con anterioridad carecían de fundamento legal y en consecuencia no era posible expedir más.

El juez de primera instancia consideró que dicha negativa en efecto vulneraba los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación de los actores, por lo que le ordenó a la demandada, que en un término no superior a 48 horas, expidiera las "cartas de libertad" solicitadas por los estudiantes, decisión que ratificó y amplió en sus alcances la Sala Penal del Tribunal de Popayán, al "modificar" en su sentencia dicha orden del a-quo, que a la fecha del pronunciamiento de segunda instancia ya había sido cumplida por la universidad[7], señalándole que tales "cartas" debían ser expedidas sin ninguna advertencia o condicionamiento.

No comparte la Sala la decisión de los jueces de tutela en el caso de la referencia, pues como en reiteradas oportunidades lo ha señalado esta Corporación, las universidades, en desarrollo del principio de autonomía consagrado en el artículo 69 de la C.P., tienen plenas facultades para decidir, sin interferencia de los poderes públicos, asuntos de índole estrictamente académica, siendo sin lugar a duda uno de ellos, la autorización excepcional que imparta a sus estudiantes de medicina para cursar el internado o parte de él en otra institución, sea cual fuere la denominación que se le de a esa autorización.

"Las universidades públicas y privadas gozan, por virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la C.P. de un ámbito de libertad dentro de la cual pueden adoptar de mane-

---

7 En cumplimiento del fallo de primera instancia, la universidad demandada, a través de la Decanatura de la Facultad de Ciencias de la Salud, expidió las mencionadas "cartas de libertad", en cuyo texto (folio 290 del expediente), aclara que lo hace en estricto cumplimiento de una orden judicial que no comparte y por lo tanto impugnó, y que no se responsabiliza de los efectos académicos y administrativos que se generen de dicha orden.

ra autónoma las decisiones que afecten el desarrollo de su función docente e investigativa. Esta garantía institucional surge como desarrollo natural y necesario de un Estado fundado en el valor de la libertad y en los principios del pluralismo y la participación. La finalidad de la autonomía universitaria es la de evitar que el Estado, a través de sus distintos poderes, intervenga de manera ilegítima en el proceso de creación y difusión del conocimiento. Con ello se asegura un espacio de plena autonomía en el que el saber y la investigación científica se ponen al servicio del pluralismo y no de visiones dogmáticas impuestas por el poder público, que coartarían la plena realización intelectual del ser humano e impedirían la formación de una opinión pública crítica que proyecte el conocimiento en el proceso de evolución social, económica y cultural" (Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

En el Estado social de derecho, ha dicho la Corte, los límites de dicha autonomía deben ser expresos y estar consagrados en la Constitución o en la ley y son legítimos cuando provienen de esta última siempre que no afecten su núcleo esencial; ella se extiende a los aspectos académicos, administrativos y financieros, cuyo manejo no admite intervenciones o interferencias de los poderes públicos, aún en tratándose de instituciones financiadas por el Estado; en el caso que se analiza, la solicitud de los actores, de que se les autorizara a continuar sus estudios de internado en una institución diferente al hospital universitario, implicó por parte de la demandada la adopción de una decisión de carácter académico, que como tal le correspondía producir a ella de manera autónoma, atendiendo las circunstancias específicas que singularizan cada situación, por lo que no es admisible el criterio de los jueces de primera y segunda instancia, en el sentido de si la universidad en anteriores oportunidades otorgó esa autorización ("carta de libertad") a otros estudiantes, está obligada a hacerlo con los demandantes, so pena de violar su derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad no implica necesariamente un tratamiento idéntico, pues "...el artículo 13 de la Constitución no prescribe siempre un trato igual para todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, siendo posible anudar a situaciones distintas -entre ellas rasgos o circunstancias personales- diferentes consecuencias jurídicas."[8]

Así, en el proceso que se revisa, se comprobó que los supuestos de hecho que caracterizan la situación de los actores no son los mismos que configuraron la situación de otros estudiantes de la misma facultad, a quienes anteriormente se les autorizó para continuar el internado en otra institución.

La expedición de las "cartas" de libertad" o autorizaciones, cuando se produjo, estuvo supeditada al cumplimiento de los siguientes presupuestos, que en el caso sub-examine no se dan: en primer lugar al buen rendimiento del estudiante, pues al remitirlo a otra institución hospitalaria la universidad lo hizo con la certeza de que acreditaban las condiciones y competencias propias del nivel de formación alcanzado, requisito que no se cumple en el caso de los actores, que reprobaron una de las prácticas y se negaron a repetirla; en segun-

8 Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1992, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

do lugar a las necesidades de la institución, que cuenta con sus internos para atender los compromisos que tiene con el hospital universitario, pudiendo en algunas ocasiones acceder a que se desplacen a otras instituciones y en otras, como en la que se analiza, ante la escasez de personal de internos, debiendo exigir que todos lo hagan en su hospital ; y en tercer lugar, desde luego, a las necesidades mismas del estudiante, que por ejemplo por motivos personales puede verse en la necesidad imperiosa de desplazar su domicilio.

Lo que no puede admitirse es que esa posibilidad se convierta en un mecanismo que le permita a los internos, en el evento de reprobar una práctica, desplazarse a otra institución por la "molestia o indignación" que la evaluación efectuada por sus profesores le pueda causar.

Es necesario aclarar, que en los casos en los cuales se otorga esa autorización (carta de libertad), los internos mantienen su condición de estudiantes de la universidad de origen, tanto es así que el título profesional lo concede y expide la misma, como lo expresa el decano de la facultad de ciencias de la salud a través de oficio FCS-936 de 20 de agosto de 1997[9], lo que explica porque la decisión no puede obedecer simplemente a los intereses o caprichos de un determinado estudiante a los cuales deba responder automáticamente la universidad, pues no se trata de un traslado que implique que éste, por decisión propia, concluya su relación académica con la institución de origen, decisión esa si puramente personal, e inicie otra distinta con la que lo recepciona; en el caso de los internos de medicina el vínculo con la facultad de origen se mantiene y por lo tanto la dirección y tutela del proceso formativo de los alumnos sigue siendo responsabilidad, en el caso que se analiza, de la universidad del Cauca, específicamente de su facultad de medicina, por lo que a ésta se le debe reconocer plena capacidad y autonomía para decidir cuándo es pertinente y cuándo no otorgar ese tipo de permisos.

La negativa a otorgar la autorización solicitada, tampoco puede interpretarse como una obstrucción a la realización del derecho a la educación de los actores, pues no solo se les garantizó su continuidad en la facultad de medicina de la universidad del Cauca, sino que se les insistió en que continuaran, como en efecto lo hicieron, con las demás rotaciones y repitieran la de ginecología y obstetricia en la cual fueron reprobados; en consecuencia, la Sala de Revisión revocará las decisiones de los jueces de primera y segunda instancia, que tutelaron los derechos fundamentales a la educación y al debido proceso de los actores, dado que las actuaciones de la demandada no violaron el núcleo esencial de esos derechos, por lo que no procedía la acción instaurada.

III. 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 Nacional,

---

9 La Sala de Revisión, ordenó a través de auto de fecha 18 de agosto de 1997, la práctica de pruebas

RESUELVE

Primero. REVOCAR en todas sus partes, los fallos de primera y segunda instancia dentro del proceso de la referencia.

Segundo. NO ACCEDER a la tutela instaurada contra la Universidad del Cauca por los señores, MILLER ERVEY VELASCO, FABIO ALBERTO MOLINA Y OSCAR PEREA MONDRAGON, en el asunto de la referencia.

Tercero. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-434
septiembre 8 de 1997

ACCION DE TUTELA-Improcedencia determinación cuantía de pensión

Si la acción de tutela tiene por objeto específico y exclusivo la protección inmediata de los derechos fundamentales que han sido o son violados o que están amenazados por conductas positivas o negativas de autoridades públicas o de particulares, resulta evidente que la discusión acerca de la cuantía de prestaciones sociales o económicas escapa en principio al ámbito que le es propio, ya que tal elemento proviene, no de la Constitución Política sino de la ley.No se encuentra la Corte ante un conflicto de naturaleza constitucional, ni puede afirmarse que, ***per se,*** *con una determinada manera de liquidar las prestaciones sociales y, en este caso, las pensiones de jubilación y las reconocidas por otro motivo, se estén vulnerando en todos los casos los derechos fundamentales.*

Referencia: Expedientes acumulados T-131387, T-131487, T-131789, T-131792, T-131894, T-131895, T-132139, T-133510, T-133665 y T-135074

Acción de tutela incoada por Luis Alfredo Arvilla Rivas, Victor Vasquez Anillo, Angel Farid Gutierrez Larios, Enrique Faillace Jolianis, Ruth Cuello De Correa, Maria Antonia Martinez De La Hoz, Beatriz Peralta Conde, Ramon Vicente Velasquez Freyle, Silvio Lizcano Cotes Y Ana Lanchez Yaneth contra Industria Licorera Del Magdalena.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los ocho (8) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. INFORMACION PRELIMINAR

Los accionantes, todos ellos pensionados de la Industria Licorera del Magdalena, ejercieron acción de tutela contra dicha entidad, por considerar violado el derecho a la seguridad social previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

Expresaron que la empresa resolvió descontarles de su pensión de jubilación convencional el valor de la pensión de vejez que el Instituto de Seguros Sociales les había reconocido.

Dijeron haber solicitado al gerente de la entidad la suspensión de las deducciones correspondientes, pero aseguraron no haber obtenido respuesta.

Solicitaron que los jueces ante los cuales acudieron ordenaran a la Industria Licorera del Magdalena abstenerse de continuar menguando el valor de las mesadas pensionales convencionales, es decir, que quitaran todo efecto a la deducción ordenada y, en cambio, se les reconociera íntegramente su valor.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES REVISADAS

Las sentencias objeto del presente examen resolvieron acerca de las distintas solicitudes de tutela en los siguientes términos:

1. Expediente T-131387

En primera instancia resolvió el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del 4 de abril de 1997, decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

2. Expediente T-131487

En primera instancia resolvió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del diez (10) de abril de 1997, decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

3. Expediente T-131789

En primera instancia resolvió el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del catorce (14) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997), decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

4. Expediente T-131792

En primera instancia resolvió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del quince (15) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997), decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

5. Expediente T-131894

En primera instancia resolvió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta,

que mediante Sentencia del dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997), decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

6. Expediente T-131895

En primera instancia resolvió el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del dieciséis (16) de abril de mil novecientos noventa y siete (1997), decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

7. Expediente T-132139

En primera instancia resolvió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del veintiuno (21) de abril de 1997, decidió no acceder a la tutela impetrada.

No hubo impugnación.

8. Expediente T-133510

En primera instancia resolvió el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del treinta y uno (31) de marzo de 1997, decidió no acceder a la tutela impetrada.

Impugnada la decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante fallo del seis (6) de mayo de 1997, la confirmó.

9. Expediente T-133665

En primera instancia resolvió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del diecisiete (17) de abril de 1997, decidió no acceder a la tutela impetrada.

Impugnada la decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante fallo del ocho (8) de mayo de 1997, la confirmó.

10. Expediente T-135074

En primera instancia resolvió el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Santa Marta, que mediante Sentencia del veintitrés (23) de abril de 1997, decidió no acceder a la tutela impetrada.

Impugnada la decisión, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta,

mediante fallo del veintiséis (26) de mayo de 1997, la confirmó.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos acumulados en mención, según lo disponen los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991.

2. Improcedencia de la tutela para que se determine la cuantía de una pensión

De nuevo se plantea ante la Corte el asunto relativo a discrepancias entre los pensionados de una entidad y la administración de ésta en torno al monto o liquidación de las pensiones que les ha reconocido y les paga.

Si la acción de tutela tiene por objeto específico y exclusivo la protección inmediata de los derechos fundamentales que han sido o son violados o que están amenazados por conductas positivas o negativas de autoridades públicas o de particulares, resulta evidente que la discusión acerca de la cuantía de prestaciones sociales o económicas escapa en principio al ámbito que le es propio, ya que tal elemento proviene, no de la Constitución Política sino de la ley.

Por eso, en el presente caso, entrar a dilucidar si se vulnera o no la ley vigente al descontar el monto de una pensión cuando se paga otra es algo que corresponde a los jueces ordinarios, que tienen a su cargo justamente la verificación sobre la validez de los actos correspondientes, a la luz de esa normatividad de jerarquía legal.

Obsérvese que no se encuentra la Corte ante un conflicto de naturaleza constitucional, ni puede afirmarse que, **per se,** con una determinada manera de liquidar las prestaciones sociales y, en este caso, las pensiones de jubilación y las reconocidas por otro motivo, se estén vulnerando en todos los casos los derechos fundamentales. En cuanto concierne al que en los casos analizados se invoca -la seguridad social-, reiteradísima jurisprudencia ha sostenido que no es de suyo un derecho fundamental, sino que puede llegar a serlo, por conexión, cuando se demuestra que su desconocimiento afecta o pone en peligro derechos fundamentales primarios.

Con esto no se quiere significar que la conducta de la entidad demandada se ajuste a las reglas de Derecho aplicables, ni tampoco que ellas estén siendo violadas, sino que el juez constitucional no es el competente, por regla general para definir su alcance, ni para restablecer el derecho supuestamente violado cuando ante él no se prueba que derechos fundamentales garantizados en la Carta Política se hallen en juego.

En ninguno de los casos en estudio, cuyas demandas corresponden todas a un mismo esquema e inclusive se identifican en el texto -preimpreso y diligenciado por cada solicitante- ha sido probado que se configuren situaciones atinentes de manera directa a la efectividad de postulados o preceptos constitucionales, o a derechos de ese rango, como sí ha

ocurrido en otras ocasiones con procesos de naturaleza aparentemente laboral, pero que en realidad interesan a la Constitución y sus garantías mínimas. Así acaece con los derechos correspondientes a las personas de las tercera edad cuyo único ingreso se les niega o demora injustificadamente, poniendo en peligro su subsistencia (Cfr. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia. T-147 del 4 de abril de 1995. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara), o cuando se establece la afectación del mínimo vital de una persona o de su familia.

Se confirmarán los fallos de instancia.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR los fallos revisados.

Segundo.- DESE cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
-En comisión-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, 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 suscribe la presente providencia por encontrarse en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-435
septiembre 8 de 1997

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

SERVIDOR PUBLICO COMO PARTICULAR-Actuación sin vinculación alguna con funciones a su cargo/**TUTELA CONTRA SERVIDOR PUBLICO**-En relación con sus funciones no se equipara al carácter de particular

Cuando un servidor público actúa en relación con sus propios asuntos y sin vinculación alguna con las funciones que corresponden a su cargo, es, desde ese punto de vista, un particular.Pero si, por el contrario, aunque no ejerza funciones de dirección o mando dentro de la institución pública a la cual pertenece, hace o deja de hacer algo relacionado con la actividad que a ella corresponde, y con su acción u omisión vulnera o amenaza derechos fundamentales, no puede decirse que se trata apenas de un particular. Compromete con sus actos o abstenciones al organismo o entidad para el cual labora. Cabe, pues, en su contra, y también contra la institución, la acción de tutela enderezada a la inmediata protección de los derechos afectados o en peligro, sin necesidad de que se configure ninguno de los eventos en que procede dicho mecanismo contra particulares.

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Comercialización de productos elaborados por reclusos

DERECHO DE PETICION POR INTERNOS

A juicio de la Corte, una cosa es que se exija al condenado pagar la pena impuesta y otra bien distinta que se le conculquen derechos inalienables o que se ignore su dignidad humana, que, en todo caso, conserva no obstante sus antecedentes.Por ello, los condenados -y con mayor razón los apenas detenidos- pueden dirigir peticiones respetuosas a las autoridades carcelarias, o a otras entidades, organismos y funcionarios, y tienen el derecho al trámite de las mismas y a su pronta respuesta. No están excluidos de la garantía contemplada en el artículo 23 de la Constitución.

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Deber de protección derechos de los reclusos

No cabe duda de que, además de custodiarlos para que cumplan las penas y medidas de

seguridad y para la preservación de su vida e integridad personal, los centros carcelarios tienen a su cargo la función -propia del principio de solidaridad e incorporada a los fines del Estado de velar por los derechos de los reclusos -cuya indefensión es manifiesta dada precisamente la circunstancia de estar privados de libertad-, evitando las ocasiones que propicien abuso o indebido aprovechamiento de sus necesidades y expectativas por parte de terceros.

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Diseño de programas para comercializar y pagar productos de los reclusos/**INTERNO TRABAJADOR**-Protección del patrimonio económico

Si en ejercicio de su derecho a trabajar, en las condiciones y dentro de las restricciones de ley, logran producir artículos, mercancías u otros bienes de lícita comercialización, y siendo obvio que no pueden ser ellos mismos quienes salgan a ofrecerlos, las cárceles deben diseñar los programas aptos para la ubicación en el mercado de tales productos y para su real y justo pago a los internos.Carece de razonabilidad la postura de facilitar la intermediación de personas, vinculadas o no al personal administrativo o de vigilancia, cuyos antecedentes y experiencia no hayan sido probados, y que puedan poner en peligro el escaso patrimonio económico de las personas encarceladas. Estas merecen estímulo para trabajar honradamente y el Estado no puede ser indolente ante sus esfuerzos ni dar lugar a que sus sanos propósitos de rehabilitación se vean frustrados.

Referencia: Expediente T-132028

Acción de tutela incoada por Francisco Pacheco Castro y otros contra Florentino Florez.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los ocho (8) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Los accionantes, Francisco Pacheco Castro, Felipe Yance, Ignacio Carpio Tellez, Felipe Suarez, Agustín Suarez, Joaquín Elicias Guerra, Felix de la Hoz Pacheco y Felix Manuel Martínez, son reclusos de la Penitenciaría Nacional "El Bosque" e incoaron la acción de tutela contra Florentino Florez, quien labora en ese centro carcelario.

Al demandado entregaron los accionantes, desde el 6 de diciembre de 1996, unos artículos elaborados por ellos en los talleres del penal, para que fueran exhibidos en una exposición en Medellín.

FLOREZ se comprometió a cancelarles lo relativo al trabajo, pero no les ha cumplido y se disculpa diciendo que le ocurrió un accidente.

El 17 de marzo le solicitaron por escrito que les respondiera, pero no lo ha hecho.

Invocaron el derecho de petición que, a su juicio, ha sido vulnerado.

II. DECISION JUDICIAL REVISADA

Mediante fallo del 23 de abril de 1997, el Juez Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla denegó la tutela por considerarla improcedente. En su criterio, los actores tienen a su alcance otros medios de defensa judicial, específicamente contemplados en el Título XIV del Libro Segundo del Código Penal -delitos contra el patrimonio económico-.

Además -expresó- no hay estado de subordinación o indefensión respecto del particular demandado.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el aludido fallo, según lo previsto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. La tutela contra un servidor público, en relación con sus funciones, no se equipara a la tutela contra particulares

Ha sostenido la Corte, y lo reitera, que la acción de tutela contra particulares es excepcional y que, por tanto, tan sólo tiene cabida cuando se dan las circunstancias contempladas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución y en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Evidentemente, cuando un servidor público actúa en relación con sus propios asuntos y sin vinculación alguna con las funciones que corresponden a su cargo, es, desde ese punto de vista, un particular.

Pero si, por el contrario, aunque no ejerza funciones de dirección o mando dentro de la institución pública a la cual pertenece, hace o deja de hacer algo relacionado con la actividad que a ella corresponde, y con su acción u omisión vulnera o amenaza derechos fundamentales, no puede decirse que se trata apenas de un particular. Compromete con sus actos o abstenciones al organismo o entidad para el cual labora. Cabe, pues, en su contra, y también contra la institución, la acción de tutela enderezada a la inmediata protección de los derechos afectados o en peligro, sin necesidad de que se configure ninguno de los eventos en que procede dicho mecanismo contra particulares.

En el caso que se revisa, FLORENTINO FLOREZ no actuó simplemente como particular sino que recibió de los reclusos accionantes unos bienes, en su carácter de Coordinador del Area Productiva del centro carcelario -que lo era desde el 11 de octubre de 1995, provisionalmente, y luego, de modo definitivo, a partir del 3 de abril de 1996 (Fl. 22 del expediente)-,

por lo cual, tratándose de asuntos atañederos a la función misma del establecimiento, ya que se buscaba comercializar los productos elaborados por los presos en sus horas de trabajo, no podía entenderse que su compromiso con ellos fuera puramente privado, en términos tales que no pudieran acudir siquiera al derecho de petición para saber lo acaecido con tales objetos, por los cuales el demandado tenía que responder.

La Penitenciaría, por su parte, no ha debido consentir en la intermediación de FLOREZ para los fines que perseguían los intereses de los internos en lo relativo a la colocación de sus productos, ni dar la impresión de su respaldo a las gestiones que asumía, si no tenía la seguridad de que habría de responder ante ellos adecuadamente. Y, una vez actuó dicha persona, debería velar por la respuesta satisfactoria acerca de la entrega a los reclusos del producto que les pertenece y, por supuesto, de la explicación, también a su satisfacción, sobre lo acontecido.

La función de las cárceles es también administrativa y, por tanto, en e interior de ellas tiene lugar el principio de moralidad que señala el artículo 209 de la Carta.

Igualmente, el postulado de la buena fe, previsto en el artículo 83 de la Constitución, ha de presidir las relaciones que se traban entre el establecimiento y los internos.

Es evidente que el derecho de petición de los reclusos fue violado en razón de la falta de respuesta por parte de FLOREZ, pero también por la inactividad de la administración carcelaria.

3. El derecho de petición de los reclusos

Ya ha indicado la jurisprudencia que quienes son condenados a pena privativa de la libertad o permanecen detenidos preventivamente no pierden sus derechos fundamentales ni tampoco la posibilidad de que les sean respetados.

Claro está, el derecho a la libertad personal resulta afectado por la condena o medida de seguridad y también aquellos inherentes al estado de condenado o detenido, pero siempre en los términos previstos en la ley. El núcleo esencial de derechos constitucionales fundamentales cuya restricción no se derive necesariamente de la respectiva providencia judicial debe permanecer intacto.

A juicio de la Corte, una cosa es que se exija al condenado pagar la pena impuesta y otra bien distinta que se le conculquen derechos inalienables o que se ignore su dignidad humana, que, en todo caso, conserva no obstante sus antecedentes.

Por ello, los condenados -y con mayor razón los apenas detenidos- pueden dirigir peticiones respetuosas a las autoridades carcelarias, o a otras entidades, organismos y funcionarios, y tienen el derecho al trámite de las mismas y a su pronta respuesta. No están excluidos de la garantía contemplada en el artículo 23 de la Constitución.

4. Deber del establecimiento carcelario en cuanto a la protección de los derechos de los internos. El estímulo como base de la rehabilitación

No cabe duda de que, además de custodiarlos para que cumplan las penas y medidas de seguridad y para la preservación de su vida e integridad personal, los centros carcelarios tienen a su cargo la función -propia del principio de solidaridad (art. 1 C.P.) e incorporada a los fines del Estado (art. 2 C.P.)- de velar por los derechos de los reclusos -cuya indefensión es manifiesta dada precisamente la circunstancia de estar privados de libertad-, evitando las ocasiones que propicien abuso o indebido aprovechamiento de sus necesidades y expectativas por parte de terceros.

Así, si en ejercicio de su derecho a trabajar, en las condiciones y dentro de las restricciones de ley, logran producir artículos, mercancías u otros bienes de lícita comercialización, y siendo obvio que no pueden ser ellos mismos quienes salgan a ofrecerlos, las cárceles deben diseñar los programas aptos para la ubicación en el mercado de tales productos y para su real y justo pago a los internos.

Carece de razonabilidad la postura de facilitar la intermediación de personas, vinculadas o no al personal administrativo o de vigilancia, cuyos antecedentes y experiencia no hayan sido probados, y que puedan poner en peligro el escaso patrimonio económico de las personas encarceladas. Estas merecen estímulo para trabajar honradamente y el Estado no puede ser indolente ante sus esfuerzos ni dar lugar a que sus sanos propósitos de rehabilitación se vean frustrados.

La Corte revocará el fallo de instancia, concederá la tutela, ordenará a FLORENTINO FLOREZ responder de fondo y satisfactoriamente a la petición formulada por los demandantes, y dispondrá que el Director de la Penitenciaría Nacional "El Bosque" de Barranquilla bajo la vigilancia del Director General de INPEC, asuma directamente la investigación interna sobre los hechos denunciados por los petentes y adopte las medidas necesarias, inclusive ante las autoridades judiciales competentes, para que los legítimos derechos de los reclusos no resulten burlados.

DECISION

Con fundamento en las precedentes consideraciones, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE la sentencia dictada el 23 de abril de 1997 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla.

Segundo.- CONCEDESE la tutela del derecho de petición, impetrada por FRANCISCO PACHECO CASTRO, FELIPE YANCE, IGNACIO CARPIO TELLEZ, FELIPE SUAREZ, JOAQUIN ELICIAS GUERRA, FELIX DE LA HOZ PACHECO y FELIX MANUEL MARTINEZ.

Tercero.- Bajo apremio de las sanciones que contempla el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, ORDENASE a FLORENTINO FLOREZ, empleado de la Penitenciaría Nacional "El

Bosque" de Barranquilla, que, si todavía no lo ha hecho, proceda a responder de fondo, concreta y completamente, por escrito, la petición formulada por los reclusos mencionados, dando cuenta exacta de su actividad en relación con los bienes que le fueron entregados por aquéllos, a más tardar dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta Sentencia.

Cuarto.- El Director de la Penitenciaría Nacional "El Bosque" se ocupará directamente en la investigación de lo acontecido en este caso y adoptará las pertinentes medidas, inclusive ante las autoridades judiciales correspondientes, para evitar que los derechos e intereses de los internos sean desconocidos. Notifíquesele personalmente esta providencia.

Quinto.- Por Secretaría, OFICIESE al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, con el objeto de que ordene verificar la práctica denunciada por los actores y tomar las precauciones necesarias para que los derechos de los internos en las cárceles del país queden garantizados.

Sexto.- El Juez de primer grado ejercerá vigilancia cercana acerca del cumplimiento de esta Sentencia e impondrá las sanciones a que hubiere lugar, si llegare a configurarse desacato.

Séptimo.- La Secretaría General de la Corte Constitucional adoptará las medidas necesarias para que el presente fallo sea notificado personalmente a los reclusos accionantes.

Octavo.- DESE cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente,

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
-En comisión-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

La suscrita secretaria general de la corte Constitucional hace constar que:

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, HACE CONSTAR QUE:

El H. Magistrado Doctor Hernando Herrera Vergara, no suscribe la presente providencia por encontrarse en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-436
septiembre 10 de 1997

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Servicios asistenciales a sus afiliados
Instituto de Seguros Sociales - Atenciáon Médica Condicionada acarácter de afiliado o beneficiario

Referencia: Expediente T-131795

Acción de Tutela instaurada por Sixto Aurelio Hernandez Cruz contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Juzgado 62 Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Invocó el actor sus derechos de petición, igualdad, salud y seguridad social, así como la garantía de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos consagrados en normas laborales, todos los cuales estimó vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales.

Sixto Aurelio Hernández Crúz trabajó durante varios años para la Compañía "Construcciones Abupar Cía Ltda", y permaneció afiliado al Seguro Social, al cual cotizó regularmente.

El 30 de marzo de 1995 el actor sufrió un accidente automovilístico. Conducido al Hospital Universitario de San Ignacio, fue intervenido quirúrgicamente y salió el 9 de mayo del mismo año.

Como consecuencia de las lesiones recibidas, se le concedió una incapacidad inicial de noventa días a partir del 8 de junio de 1995.

Dice la demanda que, vencido el término de la incapacidad, el paciente no se encontra-

ba aún en perfecto estado de salud y mantenía una bolsa de colostomía que le impedía realizar cualquier esfuerzo, pese a lo cual no logró que se ampliara la incapacidad.

Según el libelo, el empleador continuó haciendo los aportes correspondientes, pero a HERNANDEZ CRUZ se le negó cualquier atención médica posterior; sigue usando la bolsa de colostomía y se considera completamente desamparado, pues no recibe ayuda distinta de la que su familia le puede brindar.

En octubre de 1996 acudió al derecho de petición y solicitó al Seguro Social que lo sometiera a un tratamiento médico y quirúrgico para procurar su completa recuperación y continuar trabajando -está imposibilitado para ello desde marzo de 1995- y además con el objeto de que se le reembolsara lo correspondiente a gastos por droga, que había sufragado de su pecunio.

El 5 de noviembre de 1996 la Jefe de Reembolsos e Incapacidades del Instituto de Seguros Sociales dijo resolver sobre la petición, manifestando a HERNANDEZ, por escrito, que su solicitud de auxilio por enfermedad no profesional e invalidez permanente parcial había sido remitida a la Gerencia de Pensiones para su respectivo estudio. En cuanto a la atención médica requerida, se le manifestó que podía solicitar cita de atención ambulatoria, para ser evaluado y remitido al especialista.

Con esa carta y el recibo de aportes, el peticionario se dirigió a solicitar el servicio indicado, pero se le negó, aduciendo que esos documentos "no mostraban su derecho a la salud".

Mediante el ejercicio de la acción de tutela, HERNANDEZ CRUZ buscó que se le hiciera efectivo su derecho de petición; que se lo protegiera en cuanto a su derecho a la igualdad, pues, lejos de ser amparado especialmente por hallarse en circunstancias de debilidad manifiesta, se lo discrimina y se le niega atención; que se defendieran sus derechos a la salud, a la seguridad social y a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos consagrados en los decretos 3135 de 1968 y 1748 de 1969.

II. DECISION JUDICIAL

Mediante la Sentencia del 16 de abril de 1997, el Juzgado Sesenta y dos Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá negó la tutela pedida, por cuanto, a su juicio, no se violó el derecho de petición -se le dió respuesta oportuna-.

En cuanto a los demás derechos, tampoco se estimaron afectados, a la luz de la Ley 100 de 1993, ya que, según diligencia de inspección judicial practicada, el accionante dejó de ser afiliado desde el momento en que su patrono, LUIS HONORIO RODRIGUEZ, dejó de cancelar los aportes al ISS. Por tanto, la Juez recomendó al actor afiliarse nuevamente al ISS, bien en el régimen contributivo, ya en el subsidiado. También le indicó que incoara las acciones tendientes a obtener del Instituto el reembolso de los dineros gastados en drogas y servicios durante el tiempo en que estuvo en calidad de afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida en este caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Carta Política y las reglas contempladas en el Decreto 2591 de 1991.

2. La actuación del Instituto de Seguros Sociales se ajusta a Derecho

Considera el actor que la entidad demandada le está vulnerando sus derechos fundamentales al no prestarle la atención médica requerida. La Sala encuentra que, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, el accionante dejó de trabajar desde el 30 de marzo de 1995, fecha en que ocurrió el accidente automovilístico que lo condujo a su estado actual. No obstante lo anterior, según puede establecerse a través del cotejo del material probatorio, su patrono continuó realizando los aportes al Seguro Social sólo hasta el mes de julio de 1996.

Así las cosas, advierte esta Sala que, como ni el patrono ni el actor siguieron haciendo los aportes correspondientes, no se encuentra obligada la entidad demandada a prestar atención médica, ya que la prestación de los servicios a que el ISS está obligado, se halla condicionada a que el solicitante de los mismos tenga el carácter de afiliado o beneficiario.

Ya lo ha manifestado así la Corporación en reiteradas oportunidades:

> "Ello significa que el Instituto únicamente tiene la obligación legal de prestar los servicios asistenciales a sus **afiliados**, es decir que, miradas las cosas desde el punto de vista de quien los demanda, tan sólo los puede obtener para sí y para quienes dentro de su familia estén cobijados a título de beneficiarios, en la medida en que permanezca en esa condición y, desde luego, cumpla las obligaciones correspondientes a ella". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-330 del 18 de julio de 1994)

A la situación analizada le es aplicable el artículo 25 del Decreto 1938 del 5 de agosto de 1994, que dice:

> "**Artículo 25. Del período de protección laboral**. Una vez finalizada la relación laboral o el aporte correspondiente a la cotización en salud, el trabajador y su familia gozarán de los beneficios del plan obligatorio de salud hasta por cuatro (4) semanas más contadas a partir de la fecha de la desafiliación, siempre y cuando haya estado afiliado como mínimo los seis (6) meses anteriores a la desvinculación de la misma EPS.
>
> **Parágrafo 1**. Cuando el usuario lleve cinco (5) años o más de afiliación continua a una misma Entidad Promotora de Salud tendrá derecho a un período de protección laboral de hasta tres (3) meses.

Parágrafo 2. Durante el período de protección laboral, al afiliado y a su familia sólo le serán atendidas aquellas enfermedades que venía en curso de tratamiento o aquellas derivadas de una urgencia. En todo caso la atención sólo se prolongará hasta la finalización del respectivo período de protección laboral. Las atenciones adicionales o aquellas que superen el período escrito correrán por cuenta del usuario..."

En el caso concreto, el accionante se retiró desde el mes de julio de 1996, por lo cual observa la Corte que para la fecha de ejercicio de la acción de tutela (abril 1 de 1997), ya no tenía derecho al servicio.

No se encuentra vulnerado tampoco el derecho de petición, por cuanto la solicitud presentada por el peticionario el 16 de octubre de 1996 fue resuelta por la entidad demandada (ver folios 60 y 168). Si bien es cierto, hasta la fecha de presentación de la tutela, no se le había reconocido el auxilio por enfermedad no profesional e invalidez permanente parcial, ni reembolsado los gastos de medicamentos por él solicitados, ello se debe a que en sus comunicaciones, el Instituto de Seguros Sociales, le informó al accionante los trámites que debía agotar y los requisitos necesarios para poder obtener lo pedido, sin que hasta el momento, según lo obrante en el expediente, éste haya iniciado las gestiones necesarias para ello.

Ahora bien, debe reiterarse que, en torno al eventual incumplimiento por parte del patrono respecto al cubrimiento de las cuotas al Seguro Social, puede ser demandado por el trabajador afectado ante los jueces ordinarios.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido el 16 de abril de 1997, por el Juzgado Sesenta y Dos Penal Municipal de Santa Fe de Bogotá, que negó la tutela interpuesta por SIXTO AURELIO HERNANDEZ CRUZ.

Segundo.- LIBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente,

HERNANDO HERRERA VERGARA
-En comisión-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, 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 suscribe la presente providencia por encontrarse en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-437
septiembre 10 de 1997

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Régimen general que excluye preexistencias/**EMPRESA PROMOTORA DE SALUD**-Régimen excepcional por servicios de alto costo

Es claro que la norma legal (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) distingue dos tipos de situaciones respecto de la atención a los afiliados y beneficiarios de las E.P.S.: un régimen general que excluye toda clase de preexistencias y uno excepcional -servicios de alto costo-, que permite la sujeción a períodos mínimos de cotización que en ningún caso pueden exceder las 100 semanas de afiliación al sistema.Es evidente el carácter excepcional de la hipótesis en la cual deba el afiliado haber cotizado un mínimo de semanas para tener derecho a la totalidad de los servicios propios del plan obligatorio de salud.

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-No deciden unilateralmente cuáles son las enfermedades de alto costo/**EMPRESA PROMOTORA DE SALUD**-No deciden unilateralmente niveles mínima de cotización

No pueden ser las entidades prestadoras del servicio las que decidan unilateralmente o mediante la imposición de cláusulas contractuales ajenas a la normatividad cuáles son las enfermedades de alto costo, ni tampoco las que establezcan los niveles mínimos de cotización requeridos para cada una de ellas.

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-No imposición general de semanas máximas de cotización por enfermedades de alto costo

Si el afiliado tiene derecho a la plena certidumbre y transparencia acerca del régimen que le es aplicable, no es permitido a las empresas promotoras de salud imponerle, aun tratándose de enfermedades de alto costo, el número máximo de semanas de cotización en todos los casos. Vulneran entonces los derechos a la salud y a la seguridad social de la persona, y pueden poner en peligro su vida, especialmente en las hipótesis de enfermedades tan graves como el cáncer.

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Derecho del beneficiario a la atención médica

Referencia: Expediente T-132246

Acción de tutela incoada por Honorio Ospina Martinez contra "Salud Total E.P.S."

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisa el fallo proferido en el asunto de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales -Sala Laboral- y por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Honorio Ospina Martínez es beneficiario de "SALUD TOTAL", Empresa Promotora de Salud y, al momento de ejercer la acción de tutela su hija -afiliada a dicha entidad- se encontraba a paz y salvo en ella por concepto de los correspondientes aportes.

Desde septiembre de 1996 le fue descubierta una enfermedad en las masas blandas de la parte cervical del lado izquierdo del cuello, afección denominada "linfoma", que ha venido evolucionando desfavorablemente.

El paciente requiere tratamiento cada mes, en radioterapia, pero la compañía demandada no ha querido asumir los costos correspondientes.

El actor estimó amenazado su derecho a la vida y pidió la protección judicial por cuanto, a su juicio, tal amenaza proviene directamente de la actitud asumida por "SALUD TOTAL".

II. LAS DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISION

Después de practicar numerosas pruebas, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por fallo del 12 de marzo de 1997, decidió tutelar los derechos del accionante a la salud y a la vida y, en consecuencia, ordenó a "SALUD TOTAL, E.P.S." que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo efectuara el cubrimiento del cargo económico del tratamiento de quimioterapia requerido por aquél -que demanda seis ciclos, uno por mes- y el suministro de la droga correspondiente, siguiendo las recomendaciones y prescripciones del médico especialista, doctor Hernán Darío Salazar Piedrahita.

Para el Tribunal, se demostró dentro del trámite que Honorio Ospina Martínez era y es beneficiario del Plan Obligatorio de Salud, en virtud de contrato que su hija tiene con "SALUD TOTAL" y no se probó que en la prestación del servicio la entidad promotora hubiese establecido período mínimo de cotización para el acceso a la prestación de los

servicios médicos de alto costo -como es el tratamiento de quimioterapia requerido en este caso-, por lo cual esa empresa debe responder.

Impugnada la sentencia, fue revocada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo del 24 de abril de 1997, y, por tanto, en lugar de aquélla, se decidió negar el amparo solicitado.

Para el tribunal de segundo grado, la actitud de la E.P.S. demandada no correspondió a nada diferente de la conducta legítima de un particular (artículo 45 del Decreto 2591 de 1991), pues aplicó el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, a cuyo tenor, en las E.P.S., "el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para las personas que se afilien al sistema podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder de 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año".

Según esa norma, "para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica".

También citó la Corte Suprema el artículo 26 del Decreto 1938 de 1994, en cuyo parágrafo segundo se establece que "cuando el afiliado sujeto a período mínimo de cotización por alguna enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar los fallos que anteceden, según lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2. Carácter excepcional de la cotización mínima a las E.P.S.

Debe reiterarse aquí lo afirmado en Sentencia T-250 del 27 de mayo de 1997:

"La Corte considera que si alguien tiene derecho a la prestación de los servicios inherentes a la seguridad social, a cargo de una entidad pública o privada, en razón de estar cubierto por el Sistema General de Seguridad en Salud -tal es el caso del demandante, según lo probado-, sufren grave amenaza sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, cuando, por fuera de la ley, se le hacen valer preexistencias o se condiciona la prestación del servicio al tiempo de vinculación con determinada empresa promotora de salud.

Debe declararse al respecto que, según resulta de la preceptiva consagrada en la Ley

100 de 1993, la persona se afilia al sistema, no a una de las entidades integrantes del mismo y, por tanto, cuando, en los casos extraordinarios en que lo autoriza ese estatuto, haya de tenerse la antigüedad o el número de semanas cotizadas para tener derecho a determinada prestación, debe contarse el tiempo de vinculación al sistema y no el de cotización a la empresa de salud específicamente considerada.

En materia de preexistencias, ya la Corte, en Sentencia T-533 del 15 de octubre de 1996, dejó en claro que, tratándose de entidades de medicina prepagada, no pueden hacerse oponibles a los usuarios, a menos que estén expresa, clara y completamente previstas en el texto del contrato o en un anexo a él, suscrito desde el momento de la vinculación, con base en el examen que debe efectuarse pues, de lo contrario, la entidad prestadora del servicio tiene la obligación de responder por los tratamientos, intervenciones, medicamentos, hospitalización y demás elementos necesarios para la preservación de la salud del afiliado y de los beneficiarios del contrato.

Cuando se trata, en cambio, de personas afiliadas al Sistema General de Seguridad en Salud, a través de empresas promotoras de salud, es aplicable el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, que dice:

"**Artículo 164.- Preexistencias.** En el Sistema General de Seguridad en Salud, las Empresas Promotoras de Salud no podrán aplicar preexistencias a sus afiliados. El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al Sistema 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. Para períodos menores de cotización, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica.
(...)
Parágrafo. Cuando se encuentre que alguna Entidad Promotora de Salud aplique preexistencias a algún afiliado, la Superintendencia de Salud podrá aplicar multas hasta por dos veces el valor estimado del tratamiento de la enfermedad excluida. Este recaudo se destinará al Fondo de Solidaridad y Garantía. Cada vez que se reincida, se duplicará el valor de la multa".

Desde luego, la sujeción a períodos mínimos de cotización, previsto en la norma, es como de ella misma resulta, excepcional, y únicamente puede exigirse en los casos que contemple expresamente el Presidente de la República al reglamentarla (art. 189-11 C.P.). Se trata, en efecto, de "servicios de alto costo", cuya enunciación no puede quedar librada a la voluntad de las mismas entidades prestadoras del servicio de salud".

Es claro que la norma legal entonces considerada (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) distingue dos tipos de situaciones respecto de la atención a los afiliados y beneficiarios de las E.P.S.: un régimen general que excluye toda clase de preexistencias y uno excepcional -servicios de alto costo-, que permite la sujeción a períodos mínimos de cotización que en ningún caso pueden exceder las 100 semanas de afiliación al sistema. Tales servicios deben

ser señalados -como lo expresó ya la Corte- en los decretos reglamentarios del mencionado artículo.

En el caso estudiado por la Corte en la citada sentencia, el tratamiento que requería el paciente y que la E.P.S. le negaba no podía considerarse de alto costo y, por tanto, su régimen era el general, que proscribe toda preexistencia y que, por lo mismo, obliga a la entidad prestadora del servicio a asumir en su totalidad el cubrimiento respectivo.

Alegó, en cambio, la compañía demandada en este proceso -y así lo aceptó la Corte Suprema de Justicia- que el caso del paciente OSPINA se ubicaba en la excepción plasmada por la norma legal, es decir, que por tratarse de una enfermedad de alto costo, calificada de ruinosa, el acceso a la prestación de los servicios correspondientes estaba sujeto a un período mínimo de cotización desde el momento de afiliación al sistema, por lo cual negó el cargo económico correspondiente.

En efecto, como ya se dijo, tal distinción resulta de la Ley 100 de 1993, pero es evidente el carácter excepcional de la hipótesis en la cual deba el afiliado haber cotizado un mínimo de semanas para tener derecho a la totalidad de los servicios propios del plan obligatorio de salud.

Es justamente tal condición excepcional la que exige interpretación restrictiva del precepto, pues, a juicio de la Sala, no pueden ser las entidades prestadoras del servicio -las E.P.S.- las que decidan unilateralmente o mediante la imposición de cláusulas contractuales ajenas a la normatividad cuáles son las enfermedades de alto costo, ni tampoco las que establezcan los niveles mínimos de cotización requeridos para cada una de ellas.

No puede olvidarse que, según el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, "para períodos menores de cotización -esto es, para aquéllos casos en los cuales se haya cotizado menos de lo que las normas establecen en cuanto al tipo de enfermedad de alto costo-, el acceso a dichos servicios requerirá un pago por parte del usuario, que se establecerá de acuerdo con su capacidad económica".

En el Decreto 1938 del 5 de agosto de 1994, al establecer los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo, se contemplaron dos grupos: uno, con un máximo de 100 semanas de cotización, para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el plan obligatorio de salud; otro, con un máximo de 52 semanas de cotización, para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el manual de actividades, intervenciones y procedimientos, MAPIPOS, como del grupo ocho o superiores.

En realidad, tal norma -como puede verse- no señaló períodos **mínimos** sino máximos de cotización, lo cual significa que, a pesar de lo anunciado por ella (parágrafo segundo), de su texto no puede inferirse qué número de semanas es necesario haber cotizado para cada tipo o clase de enfermedad de alto costo.

Es cierto que en el artículo 17 de la Resolución número 5261 del 5 de agosto de 1994,

proferida por el Ministerio de Salud -sobre cuya validez o nulidad no corresponde a esta Corte pronunciarse-, se incluyó el "tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer" como enfermedad ruinosa o catastrófica, que se caracteriza, según el mismo acto administrativo, "por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representa un alto costo", pero no lo es menos que de tal referencia no puede deducirse el número mínimo de semanas que debe haberse cotizado en esos casos para tener derecho al servicio. Y definitivamente no es posible concluir que ese número sea siempre el de 100 semanas, claramente definido por la norma legal (artículo 164 de la Ley 100 de 1993) como tope máximo, pues "en ningún caso" podrán exceder de él los períodos mínimos de cotización.

En otras palabras, para la Corte es claro que, si el afiliado tiene derecho a la plena certidumbre y transparencia acerca del régimen que le es aplicable, no es permitido a las empresas promotoras de salud imponerle, aun tratándose de enfermedades de alto costo, el número máximo de semanas de cotización en todos los casos. Vulneran entonces los derechos a la salud y a la seguridad social de la persona, y pueden poner en peligro su vida, especialmente en las hipótesis de enfermedades tan graves como el cáncer.

La Corte no admite, entonces, el argumento expuesto por "SALUD TOTAL" en su escrito de impugnación del fallo de primera instancia, en el sentido de que "podemos encontrar que el tratamiento de quimioterapia está catalogado como ruinoso o catastrófico, y por lo tanto para la autorización del cargo económico de su realización, se requiere la cotización de al menos cien (100) semanas de cotización al sistema" (subraya la Corte).

Es evidente la contradicción entre ese criterio, aplicado al accionante en perjuicio de sus derechos fundamentales, y el señalado en la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 164 -se repite- señala: "El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo para personas que se afilien al sistema 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. Para períodos menores de cotización el acceso a dicho servicio requerirá un pago por parte del usuario, **que se establecerá de acuerdo con su capacidad socioeconómica**". (subraya la Corte).

Así las cosas, mal puede hablarse -como lo hizo la Corte Suprema- de que, imponiendo al actor una regla que contradice la señalada en la ley, la compañía demandada hubiese estado cobijada por el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, a cuyo tenor "no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular".

Al respecto se reitera:

"El objetivo de la norma consiste en asegurar que la acción de tutela se ejerza únicamente sobre los supuestos constitucionales de la violación o amenaza de los derechos fundamentales, ocasionadas por acciones u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico.

Se desarrolla, en últimas, el artículo 6° de la Constitución Política, a cuyo tenor los particulares sólo son responsables ante las autoridades -en este caso los jueces de

tutela- por infringir la Constitución o las leyes.

La persona debe gozar de una mínima garantía, ofrecida por el Estado y por el ordenamiento jurídico, de que, mientras ajuste su conducta a las normas en vigor -en primer lugar las constitucionales, pero también las impuestas por la ley en tanto no sean incompatibles con la Constitución (artículo 4° C.P.)- y no abuse de sus derechos, no se verá sometida a la imposición de sanciones ni le será deducida responsabilidad alguna. Ello es consecuencia necesaria de los principios básicos del Estado de Derecho y excluye, por tanto, la arbitrariedad del juez, quien únicamente podrá decidir en contra del particular fundado en la convicción real de que éste ha transgredido o desbordado las reglas de convivencia que el sistema jurídico establece.

De conformidad con lo expuesto, no puede deducirse la vulneración de derechos fundamentales y menos todavía la responsabilidad del acusado si a éste no se le demuestra, dentro de las normas del debido proceso (artículo 29 C.P.), que se ha apartado de la recta y cabal observancia de la preceptiva constitucional y legal que lo obligaba en los términos del artículo 4°, inciso 2°, de la Carta: "Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

La **conducta legítima** del particular es, entonces, la que tiene respaldo en el ordenamiento jurídico vigente al momento de actuar. Si el juez la encuentra configurada al analizar los hechos que se someten a su consideración, sin que, por otra parte, se pueda establecer un ejercicio abusivo de sus derechos, no le está permitido conceder una tutela contra aquél, pues ello significaría deducirle responsabilidad por haberse ceñido a los mandatos que lo vinculaban.

Al contrario, probada la violación o la amenaza de un derecho fundamental como consecuencia del comportamiento **ilegítimo** del particular contra quien la acción se instaura, lo cual implica la certidumbre de que su conducta -positiva o negativa- contradice o ignora los mandatos constitucionales o se aparta de las prescripciones de la ley, o representa abuso, ha de otorgarse la protección judicial, con el fin de hacerle exigible, en el terreno práctico y con la efectividad suficiente, el adecuado cumplimiento del orden jurídico, salvaguardando a la vez las garantías constitucionales del accionante.

Insiste la Corte en que el respeto al orden instituido debe estar acompañado del razonable uso de los derechos que se tienen a la luz del sistema jurídico. El abuso del derecho, aunque éste se halle amparado formalmente en una norma jurídica, no legítima la conducta de quien actúa en perjuicio de la colectividad o afectando los derechos ajenos. De allí que el artículo 95 de la Constitución establezca, como primer deber de la persona y del ciudadano, el de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-017 del 30 de enero de 1995).

Se concederá la tutela solicitada, revocando el fallo de la Corte Suprema de Justicia y

confirmando el del Tribunal del Distrito Judicial de Manizales.

No obstante, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 164 de la Ley 100 de 1993, la Superintendencia Nacional de Salud -a la cual corresponde, de conformidad con lo previsto en el artículo 233 **ibídem**, "emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato prácticas ilegales o no autorizadas y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento"; "velar porque las entidades vigiladas suministren a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"; e "inspeccionar y vigilar a las entidades promotoras de salud en los términos previstos en la presente Ley y en las demás normas que regulan la estructura y funciones de la Superintendencia", además de "resolver administrativamente las diferencias que se presenten en materia de preexistencias en el sector salud"- definirá el número de semanas que según las reglas vigentes, hacían falta cotizar en el caso bajo examen para tener derecho al cubrimiento integral.

Habrá lugar a que la E.P.S., si lo considera del caso, repita contra la afiliada el valor correspondiente, fijado por la Superintendencia, después de que se efectúe la operación requerida por el paciente.

En todo caso, mientras la afiliada continúe al día en sus pagos a "SALUD TOTAL", ella y los beneficiarios del contrato tendrán derecho a la atención médica que según la ley les corresponda.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCASE el fallo de segunda instancia, proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que negó la tutela impetrada, y en su lugar CONFIRMASE el dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Segundo.- No obstante, ADICIONASE dicha sentencia en el sentido de que la compañía demandada podrá solicitar a la Superintendencia Nacional de Salud, después de efectuada la operación al accionante, indicar el número de semanas que, según las normas aplicables, hacía falta cotizar a la afiliada, en los términos del artículo 164 de la Ley 100 de 1993.

Tercero.- DESE cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA
(En comisión)

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, 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 suscribe la presente providencia por encontrarse en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-438
septiembre 10 de 1997

INDEFENSION DEL PENSIONADO-No pago de mesadas por incumplimento de cotización por empleador

El pensionado es normalmente débil y, si bien no siempre pertenece a la tercera edad, es casi seguro que las mesadas pensionales habrán de constituir su único ingreso o la parte más importante del mismo. En muchos casos, se trata de personas que no están en capacidad para procurarse los medios de subsistencia, ni de ejercer por sí mismas su defensa. Su energía física e intelectual se ha ido deteriorando, se encuentran en estado de abandono o son víctimas de discriminación. Es lo corriente que dependan económicamente de su pensión, en la que se encuentra involucrado su mínimo vital.Desde el punto de vista fáctico, los pensionados dependen de la entidad que les paga sus mesadas y si, en casos como el presente, tal entidad se desentiende de su obligación, traspasándola a otro ente, al cual después se establece que no cotiza, la efectiva impotencia de la persona afectada es ostensible. Además, dada la avanzada edad de la mayoría de los pensionados, en ocasiones los medios de defensa ordinarios no son efectivos para lograr la protección invocada. Por ello no puede el juez descartar de plano, sin detenerse a analizar el caso concreto, el eventual estado de indefensión en que pueda hallarse el peticionario.

EMPLEADOR-Responsabilidad en pensión por no cotizar para la seguridad social/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL**-Definición de quién debe pegar la pensión

Si la empresa no ha cumplido con su obligación de cotizar al ISS, no puede ignorar la situación jurídica del pensionado -reconocida previamente por ella misma- y desentenderse del pago de las mesadas correspondientes, pues con tal conducta atropella el derecho que asiste al extrabajador de recibir su pensión, y afecta su mínimo vital.Así, si la emprensa estima que el ISS ha debido asumir el pago de la aludida prestación social por haber cumplido con la obligación de cotizar durante el tiempo señalado en la ley, puede aquél llevar el conflicto ante la justicia ordinaria para que sea ésta la que defina quién debe pagar la pensión, pero no puede el empleador abandonar al extrabajador, a quien ya se le ha reconocido el derecho irrenunciable, y dejarlo totalmente expósito, sin protección alguna.

Referencia: Expediente T-131718

Acción de tutela incoada por Luis Alfonso Lemus Lobo contra "Hipódromo De Techo S.A".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los diez (10) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Se revisan los fallos proferidos por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en el proceso de la referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Luis Alfonso Lemus Lobo, persona de 72 años de edad, ejerció la acción de tutela contra el "Hipódromo de Techo S.A." por estimar violados los derechos a la vida, al pago oportuno y al reajuste periódico de su pensión de jubilación.

Según el actor, en enero de 1985 la sociedad demandada, a la cual había estado vinculado laboralmente, reconoció a su favor la correspondiente pensión de jubilación, y en marzo de 1995 aquélla suspendió el pago, aduciendo que desde ese momento la obligación sería asumida por el Instituto de Seguros Sociales -ISS-.

Mediante Resolución 015254 del 22 de agosto de 1996, el ISS negó el pago de la pensión, por cuanto sólo se habían cotizado 386 semanas -y no 500 como lo señala la ley-. Alegó el peticionario que esta decisión había obedecido a que el "Hipódromo de Techo S.A." incumplió con la obligación de cotizar ante el ISS.

Afirmó el demandante que el 2 de diciembre de 1996 solicitó a la empresa su nueva inclusión en nómina, pero que ésta se negó a hacerlo.

El accionante acudió al juez de tutela con el fin de obtener su inclusión en la nómina de la compañía demandada a partir de marzo de 1995, y el pago de los intereses correspondientes de conformidad con lo señalado por la Ley 100 de 1993.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá negó la tutela, por estimar que, tratándose de una acción dirigida contra un particular, en el presente caso no se configuraba el requisito de la subordinación o indefensión de que trata el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, pues actualmente el actor no es empleado de la empresa demandada. Por otra parte, consideró el Juez que el peticionario podía promover un proceso laboral ordinario para satisfacer sus pretensiones.

La anterior decisión fue impugnada por la parte demandante, y en segunda instancia la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá confirmó el

fallo apelado. Consideró el Tribunal que, como al actor ya se le había reconocido su derecho, éste disponía de otro medio de defensa judicial: el proceso ejecutivo ante la jurisdicción laboral. Además, estimó que no estaba probado un perjuicio irremediable.

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. Tutela contra particulares. Estado de indefensión de las personas de la tercera edad. Extensión de la subordinación

El Juez de primera instancia consideró que la acción de tutela era improcedente por cuanto el demandante no se hallaba en situación de indefensión o subordinación, según lo establece el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, ya que, como pensionado, no se encontraba actualmente bajo la dependencia laboral de la compañía demandada.

Considera la Corte que la anterior interpretación no es constitucionalmente admisible, toda vez que implica un enfoque incompleto de la situación planteada, frente a los alcances de la acción de tutela contra particulares (art. 86 C.P.).

Aunque el pensionado no tenga una relación de actual subordinación frente a su antiguo patrono o empleador, no puede descartarse sin más un estado de indefensión, que corresponde a una circunstancia distinta, en cuanto implica que, de hecho, la persona queda a merced de otra sin posibilidad de reacción ante sus actos u omisiones.

Al respecto, debe recordarse:

> "La indefensión implica una situación en la cual el afectado se encuentra en posición de impotencia ante el agresor; no puede hacer nada ante su conducta activa u omisiva, excepto ejercer la acción de tutela, para buscar y obtener el reconocimiento y eficacia de sus derechos amenazados o vulnerados. La persona depende literalmente de la otra en el orden fáctico, de tal modo que le resulta imposible evitar que lleve a cabo los actos violatorios o que cese en la omisión que repercute en la lesión de la cual se queja. En ese sentido, la tutela viene a ser el único medio jurídico a disposición del individuo para invocar ante la administración de justicia, con posibilidad de efectos prácticos, las garantías básicas que en abstracto le reconoce la Constitución". (Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-293 del 227 de junio de 1994).

El pensionado es normalmente débil y, si bien no siempre pertenece a la tercera edad, es casi seguro que las mesadas pensionales habrán de constituir su único ingreso o la parte más importante del mismo. En muchos casos, se trata de personas que no están en capacidad para procurarse los medios de subsistencia, ni de ejercer por sí mismas su defensa. Su ener-

gía física e intelectual se ha ido deteriorando, se encuentran en estado de abandono o son víctimas de discriminación. Es lo corriente que dependan económicamente de su pensión, en la que se encuentra involucrado su mínimo vital.

En ese orden de ideas, desde el punto de vista fáctico, los pensionados dependen de la entidad que les paga sus mesadas y si, en casos como el presente, tal entidad se desentiende de su obligación, traspasándola a otro ente, al cual después se establece que no cotiza, la efectiva impotencia de la persona afectada es ostensible.

Además, dada la avanzada edad de la mayoría de los pensionados, en ocasiones los medios de defensa ordinarios no son efectivos para lograr la protección invocada. Por ello no puede el juez descartar de plano, sin detenerse a analizar el caso concreto, el eventual estado de indefensión en que pueda hallarse el peticionario.

En los casos de personas de la tercera edad, como el aquí accionante, el artículo 46 de la Constitución, dada precisamente esa desigualdad material en que se encuentran, dispone que el Estado, la sociedad y la familia deben procurar su especial protección. En esta medida, el juez de tutela, en el ejercicio de sus funciones, tratará de dar plena vigencia a tal precepto.

Por otra parte, cuando el pensionado instaura la acción contra su expatrono, lo hace en virtud de una relación de subordinación que existió, y cuyos efectos, en lo relativo a la pensión, se prolongan en el tiempo, en la medida en que la prestación demandada está esencialmente ligada al vínculo laboral extinguido.

Por lo anterior, la Sala considera que en el presente asunto sí procede la acción de tutela contra particulares, razón por la cual entrará a estudiar de fondo el litigio planteado.

3. Presunción de veracidad. Deberes del empleador frente al pensionado. Derechos de las personas de la tercera edad. Reiteración de jurisprudencia

En el caso bajo estudio, la Sala encuentra que la sociedad demandada previamente reconoció el derecho del peticionario a gozar de su pensión de jubilación. Afirmación hecha por el actor y no desmentida por el "Hipódromo de Techo S.A.", motivo por el cual la Corte la considerará como cierta, en virtud de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que nunca se recibió el informe solicitado a dicha sociedad por el juez de instancia sobre el reconocimiento del derecho a la pensión y posterior suspensión de pago de la prestación social.

El trabajador, una vez que ha desplegado su capacidad laboral, prestando durante años sus servicios a una empresa, tiene el derecho irrenunciable a la pensión (artículo 48 C.P.). Este derecho, como en repetidas oportunidades lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, es de naturaleza programática, pero puede dar lugar a la tutela judicial cuando por conexión directa con aquél, resulte desconocido un derecho fundamental.

Como se dijo antes, en el caso objeto de revisión, la Sala considera que el derecho al míni-

mo vital está comprometido, como expresión directa del derecho fundamental al trabajo.

Se observa en el asunto planteado que al peticionario le fue reconocida dicha prestación social por parte de la empresa a la cual había estado vinculado, y que ésta pagó durante varios años la mencionada pensión, pero, a pesar de haber querido deshacerse del compromiso, transfiriéndolo al Instituto de Seguros Sociales, desde el punto de vista jurídico no pudo el antiguo patrono subrogar la obligación por no haber cotizado a favor del actor el tiempo requerido para tal efecto.

De esta manera, considera la Corte que si la empresa no ha cumplido con su obligación de cotizar al ISS, no puede ignorar la situación jurídica del pensionado -reconocida previamente por ella misma- y desentenderse del pago de las mesadas correspondientes, pues con tal conducta atropella el derecho que asiste al extrabajador de recibir su pensión, y afecta su mínimo vital.

Así, si el "Hipódromo de Techo S.A." estima que el ISS ha debido asumir el pago de la aludida prestación social por haber cumplido con la obligación de cotizar durante el tiempo señalado en la ley, puede aquél llevar el conflicto ante la justicia ordinaria para que sea ésta la que defina quién debe pagar la pensión, pero no puede el empleador abandonar al extrabajador, a quien -se repite- ya se le ha reconocido el derecho irrenunciable, y dejarlo totalmente expósito, sin protección alguna.

La Corte reitera lo dicho en casos similares al que ahora se estudia:

"La efectividad de este derecho no sólo corresponde al trabajador, sino también 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." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-05 de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

"El hecho de que el Estado haya venido a sustituirse en las obligaciones patronales, no supone que el patrono haya quedado definitivamente liberado de su obligación. Las prestaciones sociales, comunes y especiales, se radican originariamente en cabeza del empleador (C.S.T art. 259). La asunción de los respectivos riesgos por parte del seguro social, está condicionada a la cancelación completa y oportuna de los aportes obrero-patronales al sistema de seguridad social.

(...)En el evento de que el empleador no cumpla con su obligación de cancelar los aportes obrero-patronales al seguro social, sobre él recae la obligación originaria de

cubrir las respectivas prestaciones sociales, derivadas por ley de la relación laboral" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-287 del 5 de julio de 1995. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En relación con la responsabilidad del patrono ante el trabajador por no cotizar para su seguridad social, la Sala Quinta anotó lo siguiente en reciente sentencia:

"En ningún caso, pero menos todavía cuando se trata de personas de la tercera edad, podría sostenerse como compatible con los postulados constitucionales la conclusión según la cual una persona que haya laborado durante el tiempo legalmente previsto, cumpliendo los demás requisitos señalados por el legislador, pueda quedar despojada de su pensión de jubilación de manera absoluta e inapelable por culpa de la negligencia o el incumplimiento de otro, en especial si ese otro es precisamente el patrono para quien laboraba.

Para la Corte es evidente que, si el patrono, por su descuido o por su dolo, no hace oportunamente los aportes a que esta obligado para los fines del cómputo del tiempo de cotización que configura el derecho de una persona a la pensión, debe asumir el pago de las mesadas pensionales en tanto, por dicha causa, la entidad de seguridad social se niegue a hacerlo" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-334 del 15 de julio de 1997).

Ahora bien, en el caso bajo análisis, aplicando los principios de efectividad de los derechos y de igualdad, debe entenderse que para los efectos de la acción de tutela, el peticionario, anciano de 72 años, se encuentra en estado de indefensión, ya que por su avanzada edad, los otros medios de defensa no resultan idóneos para lograr lo pretendido, y por tal motivo, el no pago oportuno de su pensión lo afecta en términos no susceptibles de ser contrarrestados por la decisión judicial ordinaria que, para su situación concreta, sería tardía e inútil. Es por ello que se concederá la tutela respecto de su antiguo empleador, pues su mínimo vital está involucrado si se tiene en cuenta que desde hace varios meses no recibe su mesada pensional, y que remitirlo a las vías ordinarias no es pertinente si en ellas no se puede solucionar de manera eficaz el conflicto.

Por lo anterior, la Corte ordenará al "Hipódromo de Techo S.A." que, en el futuro, y mientras la justicia ordinaria no decida quién debe asumir la obligación de pagar la mencionada prestación social, o hasta que el exempleador y el ISS no lleguen a un acuerdo al respecto, aquél pague las sumas correspondientes al peticionario por concepto de mesadas pensionales, con la sanción prevista por el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCANSE los fallos proferidos por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, en virtud de los cuales se negó la protección solicitada. En su lugar, CONCEDESE la tutela de los derechos fundamentales invocados por el pensionado y, en consecuencia, ORDENASE al "Hipódromo de Techo S.A." que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, pague a Luis Alfonso Lemus Lobo las mesadas pensionales dejadas de cancelar, con la sanción prevista en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

Además, ORDENASE a la compañía demandada que, en el futuro, hasta tanto la justicia laboral ordinaria no decida definitivamente la controversia entre el ISS y la compañía demandada sobre quién debe asumir el pago de la prestación social, o se llegue a un acuerdo entre ellos sobre el obligado a asumir la prestación, aquélla pague oportunamente las sumas adeudadas al actor por concepto de pensión.

Segundo.- Dese el trámite previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado
-En comisión-

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, HACE CONSTAR QUE:

El Magistrado doctor Hernado Herrera Vergara, no suscribe la presente providencia, por encontrarse en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena de esta Corporación.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-439
septiembre 15 de 1997

RESOLUCION ACUSATORIA-No es definitiva/**ETAPA DE INSTRUCCION**-Proceso penal no se agota/**ETAPA DE JUZGAMIENTO**-Modificación calificación del tipo penal

La resolución acusatoria, como una de las formas de ponerle fin a la etapa de instrucción en el proceso penal, no es definitiva, ya que en la etapa de juzgamiento, se puedan conjurar las posibles nulidades que aleguen los sujetos procesales, modificar la calificación del tipo penal o decretar pruebas entre otras actuaciones, para que, de esta manera, se garanticen los derechos del procesado.De ahí que los jueces o corporaciones que deben tomar la decisión final en materia penal, tienen la facultad de modificar, total o parcialmente, la calificación que se haya establecido en la resolución acusatoria. Luego del juicio y análisis de las declaraciones, alegatos de conclusion, confesiones, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o peritazgos y en fin, de todas las intervenciones que fueran allegadas por los sujetos procesales, se podrá concluir, en la fase del juzgamiento, que el delito establecido en la resolución acusatoria no correspondía a la conducta delictual calificada por el fiscal y, en consecuencia, podrá dictarse la decisión de mérito, condenando o absolviendo, al sujeto vinculado al proceso criminal.

ETAPAS DE INSTRUCCION Y JUZGAMIENTO-
No existe una decisión infranqueable

En la etapa de investigación los fiscales cumplen una verdadera labor judicial, asegurando para ello la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando, si lo consideran pertinente, la medida de aseguramiento respectiva y, además, investigando tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado para garantizarles, a las personas encausadas en un proceso penal, la imparcialidad y transparencia que requiere toda investigación judicial. Dicho esto, y aunque se hable de etapas en el sistema mixto acusatorio, no se puede interpretar que exista una división infranqueable donde una y otra actúen independientemente, sin observarse por parte del juez, las decisiones del fiscal, pues, de ser así, se tornaría nugatoria la fase del juzgamiento. La Carta le ha otorgado facultades al juez penal para dictar la sentencia definitiva. La razón de esto, es procurar que, tanto en la investigación como en el juzgamiento, florezca la verdad en razón de garantizarle la dignidad y los derechos fundamentales del presunto sindicado y una cumplida administración de justicia.

CONTROL DE LEGALIDAD DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Alcance

El control de legalidad tiene como fin evitar que una errónea medida de aseguramiento pueda vulnerar los derechos del sindicado, toda vez que permite al juez competente, enderezar o rectificar si hubiere lugar a ello, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención preventiva, entre otras medidas.El procesado ha sido dotado por la ley penal de medios judiciales aptos y ágiles para controvertir la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta, incluso, la decretada en la resolución acusatoria por el fiscal en segunda instancia.

RESOLUCION DE ACUSACION-Calificación puede ser modificada por el superior

DILIGENCIA DE INDAGATORIA-Definición y connotación Jurídica

La doctrina y jurisprudencia han definido la diligencia de indagatoria como el acto que se realiza ante el juez competente en el que se le comunica al indagado las razones por las cuales se le ha citado a declarar personalmente, para que éste, voluntariamente, rinda las explicaciones necesarias de su defensa, suministrado información respecto de los hechos que se investigan y que de manera provisional puedan adecuarse a un determinado tipo penal. La diligencia de indagatoria tiene entonces una doble connotación jurídica: es el primer medio de defensa del imputado en el proceso, a través del cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al juez hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. El interrogatorio adelantado por el instructor en la indagatoria debe versar fundamentalmente sobre los hechos materia de la investigación y no sobre la adecuación típica de los delitos, la cual se irá formando en desarrollo de la etapa instructiva, que tiene lugar a partir de la diligencia de indagatoria y hasta la calificación del mérito del sumario. Por esto, resulta equivocado pensar que es en el auto que resuelve la situación jurídica del indagado donde debe fijarse la calificación jurídica de los delitos que se investigan.

CALIFICACION DEL DELITO EN RESOLUCION DE ACUSACION-Carácter provisional

RESOLUCION DE ACUSACION-Modificación y sustitución de medida de aseguramiento

CONTROL DE LEGALIDAD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Detención preventiva sin excarcelación

TUTELA CONTRA MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Improcedencia

Referencia: Expediente T-132.623

Peticionario: Gabriel Antonio García Romero.

Procedencia: Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Cartagena .

Temas:

La calificación hecha por el fiscal de primera instancia en la resolución acusatoria puede ser modificada por el superior.

El procesado ha sido dotado por la ley penal de medios judiciales aptos y ágiles para controvertir la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta, incluso, la decretada en la resolución acusatoria por el fiscal en segunda instancia.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-132.623, adelantado por el ciudadano Gabriel Antonio García Romero, mediante apoderado judicial, contra la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, doctora Hermilda Sierra Jaramillo, y la fiscal 17 seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Publica ante el Circuito Penal de Cartagena, doctora Aleyda Consuegra Solórzano, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales.

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 Seis (6) de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante auto del 4 de junio 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

La apoderada del accionante, solicita la protección de los derechos al debido proceso, a la libertad y a la igualdad, presuntamente vulnerados por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena y la fiscal 17 seccional de la Unidad

de Delitos contra la Administración Publica ante el Circuito Penal de Cartagena.

2. Hechos

En el año de 1993 el entonces alcalde de Cartagena de Indias, Gabriel Antonio García Romero, accionante en la tutela, ejecutó varias obras para la construcción de 133 paraderos y 27 bahías, distribuidos a lo largo y ancho de esa ciudad, con el fin de organizar el tráfico urbano, cuyo costo ascendió a la suma de $521.502.977.97 (folio 213 libro 4 anexo 2).

Estando en ejecución las obras públicas mencionadas, el entonces, Fiscal General de la Nación, recibió una carta con fecha 22 de julio de 1993, que contenía varios artículos de prensa sobre presuntas irregularidades en la construcción de esas obras. Los recortes fueron remitidos al jefe de la Unidad Especializada de Patrimonio de Cartagena (folio 7, libro 23, anexo 6), quien asignó el conocimiento al fiscal 16 delegado de Cartagena. Este funcionario inicio la investigación respectiva para dilucidar la ocurrencia de los hechos y, con fundamento en las pruebas recaudadas, citó a indagatoria al señor Alcalde.

Por solicitud de la apoderada, la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena de Indias mediante Resolución N° 000944 del 31 de enero de 1994 reasignó el proceso, que venía conociendo el fiscal 16, al fiscal 17 para que adelante la investigación hasta su calificación.

En la Resolución del 24 de junio de 1994, proferida por el fiscal 17, se definió la situación jurídica del ex alcalde, decretándose medida de aseguramiento, en modalidad de conminación, por el delito de peculado culposo.

Esta Resolución fue apelada por la apoderada, correspondiéndole su estudió al fiscal 1° delegado del h. Tribunal Superior de Cartagena, quien mediante Resolución del 18 de noviembre de 1994, revocó la medida de aseguramiento, argumentando lo siguiente: "La culpa que observa el inferior, para tipificar peculado, al menos por el momento no se adecua en el encuadramiento de los hechos a la norma. Su aproximación apunta a la figura denominada Celebración Indebida de Contrato y hacia ella el inferior debe interrogar nuevamente al sindicado y a los contratistas...La misión del Fiscal, consiste en, primero investigar y después asegurar con la medida respectiva" (folio 8 y 9, cuaderno 21).

Luego de haberse conocido la revocatoria del superior, el *a quo* -fiscal 17- se declaró impedido para seguir conociendo el caso y, en consecuencia, la Unidad Especializada contra el Patrimonio Económico de Cartagena reasignó el proceso al fiscal 19 de esa Unidad (folio 18, numero 46, anexo 1).

Así las cosas, el 10 de enero de 1995, el fiscal 19 ordenó, mediante oficio, escucharse en ampliación de indagatoria al accionante, el día 14 de febrero de 1995 a las 2:30 p.m.; pero, la abogada del ex alcalde, mediante escrito radicado en la Secretaría de la Dirección Seccional de Fiscalías, manifestó que su representado no podía asistir por estar residenciado fuera de la ciudad de Cartagena.

El fiscal 19 en Auto del 7 de junio de 1995 ordenó escuchar nuevamente en ampliación

de indagatoria al señor García Romero el día 17 de julio a la 2:30 p.m, pero tampoco pudo realizarse la ampliación de indagatoria y, en consecuencia, dicho funcionario procedió a resolver la situación jurídica del sindicado, profiriendo el Auto de fecha 17 de noviembre de 1995. Por medio del cual ordenó una diligencia de compromiso, para presentarse cuando el funcionario competente lo solicite.

El 8 de febrero de 1996 la Alcaldía de Cartagena otorgó poder al doctor Ricardo Morales Cano para que representara los intereses del Distrito, constituyéndose en parte civil dentro del proceso penal que se comenta; pero, por enemistad con el fiscal 19 del Distrito de Cartagena, éste se declaró impedido y ordenó remitir el proceso a la Unidad de Delitos Contra la Administración Pública. En consecuencia, dicha Unidad admitió el impedimento y se reasignó el proceso a la fiscal 17 (accionada en el presente caso).

Dicha fiscal profirió, el 24 de abril de 1996, resolución acusatoria contra el señor García Romero por el delito de peculado culposo; además, lo conminó a suscribir la correspondiente acta compromisoria y se admitió al doctor Ricardo Morales Cano como representante de la parte civil.

Tanto la abogada del ex alcalde como la parte civil del proceso penal apelaron la mencionada resolución.

En síntesis, la apoderada apeló la decisión por las siguientes razones:

El delito por el cual se le indagó fue sobre el de peculado culposo y no por celebración indebida de contrato.

El Ministerio Publico se notificó por conducta concluyente, contrariando el artículo 188 de Código de Procedimiento Penal.

La parte civil interpuso el recurso de apelación considerando que el *a quo* no se pronunció sobre el posible embargo de los bienes conocidos del sindicado y, además, dictó una medida de aseguramiento de conminación que no se compagina con el tipo penal del que se acusó al accionante -peculado culposo-.

La fiscal 5ª delegada ante el h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, también accionada en esta tutela, al conocer las impugnaciones interpuestas por el accionante y parte civil contra la resolución expedida por el fiscal 17, modificó la providencia del 24 de abril de 1996 a través de la Resolución del 14 de febrero de 1997 encuadrando la conducta del accionante, no en peculado culposo, sino en peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales. Además, sustituyó la medida de aseguramiento de conminación por la de detención preventiva sin excarcelación y decretó el embargo y secuestro preventivo de los bienes del procesado. Así mismo, señaló la fiscal que contra ésta providencia no se admite recurso alguno, quedando en firme una vez sea suscrita por ella.

Posteriormente, la fiscal 5ª profirió un Auto interlocutorio, el 17 de febrero de 1997, modificando la resolución de acusación, señalada en el párrafo anterior, pues de manera

involuntaria se omitió compulsar copias, con destino a la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, a efecto de que se investigue la participación de contratistas e interventores en los hechos punibles reseñados en dicha resolución acusatoria.

Así las cosas, señala la apoderada del accionante las siguientes irregularidades durante el desarrollo de la instrucción penal a su representado: Se negó la oportunidad de contraargumentar respecto de lo recurrido por la parte civil frente a la resolución acusatoria expedida por el *a quo*, el 24 de abril de 1996; no existe un medio de defensa judicial eficaz para protegerle el derecho a la libertad y al debido proceso al accionante. Finalmente, que al dictarse una nueva medida de aseguramiento y modificarse el tipo penal, en la resolución de la fiscal 5ª, existió una vía de hecho pues jamás fue interrogado el accionante sobre la nueva calificación de los tipos penales por los que se le acusan.

3. Pretensiones

El accionante, a través de su abogada, solicita en el escrito de tutela la suspensión de la medida privativa de la libertad decretada por el *ad quem* -fiscal 5ª-; el restablecimiento de la legalidad de la actuación a partir de la resolución acusatoria y se ordene la radicación del proceso, una vez declarada la nulidad, en un Distrito o Seccional de Fiscalías que permita la imparcialidad en la investigación.

III. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

El Juez 7° Penal Municipal de Cartagena, en el Auto admisorio de la tutela, el 19 de febrero de 1997, y de conformidad con el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, a efecto de proteger temporalmente el derecho de la libertad del accionante, suspendió provisionalmente la orden de captura dictada por la fiscal 5ª Delegada del h. Tribunal Superior de Cartagena de Indias, hasta tanto se profiera el fallo respectivo. También, se rechazó el escrito presentado por la parte civil -coadyuvante-, doctor Ricardo Morales Cano, por improcedente.

El *a quo*, mediante Sentencia del 7 de marzo de 1997, señaló que el proceso penal seguido al accionante se inició a través de una *notitia criminis,* que apuntaba a reparos sobre presunta incompetencia e ineptitud del ex alcalde en el diseño y ejecución de "paraderos". La abstracción de los hechos y vaguedad de la denuncia hacía imposible que se levantara cualquier labor investigativa para vincular al accionante a la instrucción, pues ésta quedaría en el vacío. Se observó la manera deficiente como se condujo la indagatoria, apartándose de lo que dispone la ley, que exige interrogar sobre los hechos estructurales de la imputación. Al no observarse lo anterior, se dificultó por parte del fiscal respectivo, definir la conducta punible asumida por García Romero al ejecutar unas obras públicas que, de buena fe, pensaba serían de utilidad para el Distrito de Cartagena.

También afirmó el *a quo* que no se interrogó al procesado en la indagatoria por todos los delitos investigados, y sin embargo, se pronunció en la resolución acusatoria, objeto de

impugnación, de dos delitos -peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales-, vulnerándose el derecho de defensa del accionante. Señaló que como no fue posible el restablecimiento de la garantía quebrantada dentro del proceso penal, es la acción de tutela un medio subsidiario, que opera en este caso para sanear la violación a los derechos fundamentales que alega el actor.

Por lo anterior, este Juzgado dejó sin efectos jurídicos la actuación surtida "a partir del proveimiento de fecha 11 de diciembre de 1995, inclusive, que ordenó el cierre de investigación", emanado por el fiscal 19, con el fin de darle la oportunidad al procesado y a su abogada de ejercer el derecho a la contradicción como garantía constitucional y, además, para que aquél sea oído y vencido dentro de la legalidad procesal (folio 103, libro 1°).

2. Impugnaciones.

2.1 DOCTORA DAYARA DE JESUS GALVIS MENDEZ APODERADA DEL ACCIONANTE.

La abogada del señor García Romero solicitó se confirme en su integridad el fallo del *a quo*, pero que se adicione por el inmediato superior, en el sentido de requerir a la Fiscalía General de la Nación el cambio de radicación del proceso penal. Además de lo anterior, manifestó la apoderada que a su representado se le amplió la indagatoria el 22 de marzo de 1994 (folio 206 del libro 23 anexo 6), sin que existiera otra ampliación con respecto de los delitos objeto de la nueva calificación jurídica (folio 2 del libro principal).

2.2 FISCAL 5ª DELEGADA ANTE EL H. TRIBUNAL DE CARTAGENA DE INDIAS.

Expresó la fiscal que al señor García Romero, como representante del Distrito de Cartagena, sí se le escuchó sobre la contratación que fue denunciada como ilegal, pues los cuestionamientos que se realizan en la instrucción versan fundamentalmente sobre hechos y no sobre adecuación típica, o sea delitos en especial.

Cosa diferente hubiese sido si en la oportunidad de rendir sus descargos, al accionante se le hubiese interrogado por hechos constitutivos de delitos bien diferentes, como por ejemplo habérsele indagado por hechos que inequívocamente estuviesen relacionados con un presunto hurto, o invasión de tierras, o en sí de naturaleza tan distinta que obviamente resultara un exabrupto lo resuelto por la Fiscalía.

Asimismo, afirmó que el juez de primera instancia en tutela convirtió esta acción en una tercera instancia, cuando descabelladamente retrotrajo la actuación al cierre de la investigación.

2.3. FISCAL SECCIONAL 17 DE LA UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PUBLICA ANTE EL CIRCUITO PENAL DE CARTAGENA.

Manifiesta la fiscal 17 que dentro de la indagatoria y la ampliación de la misma se expli-

có en detalle, por parte del accionante, el plan desarrollado para la construcción de los paraderos y bahías, los inconvenientes surgidos, y la paralización abrupta por parte del ex alcalde accionante en esta tutela, de los contratos que dieron al traste con la ejecución de la obra. Finalmente, considera la fiscal que la decisión del *a quo* en tutela no se ajustó a la realidad existente, entró a formar una tercera instancia sobre el fondo del asunto, siendo que como tal, no le es permitido la valoración probatoria propia del funcionario que decide el proveído, es decir, el juez penal.

2.4 DOCTOR RICARDO A. MORALES CANO COADYUVANTE EN DEFENSA DE LAS DECISIONES PROFERIDAS POR LAS ACCIONADAS.

En el escrito de impugnación indicó el coadyuvante que mal puede la tutela prosperar cuando se propone el estudio y evaluación de la indagatoria y su ampliación, cuando éstas ya fueron objeto y critica de los señores fiscales y en sus conceptos jurídicos determinaron que cumplieron su objeto judicial. Cosa distinta hubiese sido que al sindicado no se le hubiese escuchado en indagatoria y, por tanto, sin estar vinculado al proceso se le hubiera definido su situación y convocado a juicio.

Finalmente, se pregunta el recurrente si será que existe alguna norma que exprese que debe escucharse nuevamente al sindicado, para que repita materialmente lo que su defensor ha hecho por medio de insistentes memoriales, tanto en objeciones como en alegatos de conclusión, mucho más cuando se han recibido memoriales realizados y suscritos personalmente por el propio sindicado, actor en la presente tutela.

3. Segunda instancia

Manifiesta el *ad quem* que el memorial de impugnación presentado por el señor Morales Cano, coadyuvante en defensa de la legalidad de las decisiones provenientes de la Fiscalía en primera y segunda instancia, será tenido en cuenta en todo su contenido para efectos de tomar la decisión que en derecho corresponda.

Por otra parte, dentro del término para fallar el presente asunto de tutela el coadyuvante presento otro escrito, en donde invita al *ad quem* a declararse impedido para seguir conociendo del caso *sub judice*, porque asegura que existen razones de parentesco con el accionante y por haber sido recomendado por la "familia García" para ocupar un puesto público en el IDEMA (folio72, libro no 1).

Sin embargo, el funcionario judicial señaló que revisadas las causales de impedimento del artículo 103 del Código Procesal Penal, no encontró causal alguna para declararse impedido, y por tanto la "invitación" que le hace el coadyuvante no es atendida. Así pues, procedió a fallar el caso de tutela el Juez 4° Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el 18 de abril de 1997, basándose en las siguientes consideraciones:

No se le permitió al accionante descargarse en indagatoria por el supuesto delito de

peculado por apropiación y, por ende, se le cercenó el derecho a ejercer su defensa material. En consecuencia, no se le definió situación jurídica por el mencionado delito, lo que impidió a la defensa técnica plantear estrategias para defender al procesado de tal cargo.

La Fiscalía 5ª -una de las entidades accionadas- al proferir la Resolución acusatoria del 14 de febrero de 1997, en segunda instancia, debió notificar personalmente al accionante dicha resolución (artículo 59 de la Ley 81 de 1993), pero la fiscal hizo caso omiso de lo anteriormente expuesto, extralimitándose en su competencia y límites de dilación de términos para el agotamiento de las formalidades previstas en la norma penal comentada.

Para concluir, quedó demostrado que existió vía de hecho y que el procesado no contaba con otro medio de defensa para conjurar el peligro en que estaba puesta su libertad; por ello, ordenó confirmar el fallo de primera instancia en tutela proferido por el Juzgado 7° Penal Municipal de Cartagena (folio 72, libro 1°).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9° 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. El proceso penal no se agota en la etapa de instrucción.

Conforme a la Constitución, corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o mediante denuncia o querella, investigar y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes. Por ello, esa entidad. entre otras funciones, deberá "Calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas", con el fin de desatar o resolver la situación legal del sindicado (Art. 250, numeral 2 de la Carta Política).

La resolución acusatoria, como una de las formas de ponerle fin a la etapa de instrucción en el proceso penal, no es definitiva, ya que en la etapa de juzgamiento, se puedan conjurar las posibles nulidades que aleguen los sujetos procesales, modificar la calificación del tipo penal o decretar pruebas entre otras actuaciones, para que, de esta manera, se garanticen los derechos del procesado (Artículos 438 y 441 del Código de Procedimiento Penal).

De ahí que los jueces o corporaciones que deben tomar la decisión final en materia penal, tienen la facultad de modificar, total o parcialmente, la calificación que se haya establecido en la resolución acusatoria. Luego del juicio y análisis de las declaraciones, alegatos de conclusion, confesiones, testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad o peritazgos y en fin, de todas las intervenciones que fueran allegadas por los sujetos procesales, se podrá concluir, en la fase del juzgamiento, que el delito establecido en la resolución acusatoria no correspondía a la conducta delictual calificada por el fiscal y, en consecuencia, podrá dictarse la decisión de mérito, condenando o absolviendo, al sujeto vinculado al proceso criminal (Artículo 445 del C.P.P.)

Por ello, esta Corporación en Sentencia C-491 del 26 de septiembre de 1996, al estudiar la constitucionalidad del artículo 442 del Código de Procedimiento Penal (C.P.P.), que señala los requisitos formales de la resolución de acusación, estableció que la calificación, que adecua el comportamiento típico, antijurídico y culpable de una persona dentro de los diferentes tipos penales, tiene un carácter provisional hasta cuando el juez dicte la respectiva sentencia definitiva. Así lo dejó sentado el fallo que se cita, en los siguientes términos:

"La calificación a cargo de dicho organismo [Fiscalía General de la Nación o sus agentes] debe, entonces, ser provisional -por su misma naturaleza intermedia, sujeta a la posterior decisión del juez- y el sólo hecho de serlo no deja al procesado en indefensión, ya que, no obstante la posibilidad de que se haya preparado para su defensa con base en los datos y criterios iniciales que la hayan inspirado, aquél siempre podrá, supuestas todas las condiciones y garantías del debido proceso, velar por la real verificación de los hechos y hacer efectivos los mecanismos jurídicos tendientes a la búsqueda de la verdad, con miras a la genuina realización de la justicia. Lo que entre en colisión con tales valores no puede entenderse incorporado al debido proceso ni erigirse en parte inseparable del derecho de defensa.

"De otra parte, el carácter provisional de la calificación se aviene con la garantía consagrada en el artículo 29 de la Constitución, toda vez que sostiene la presunción de inocencia del procesado en cuanto al delito por el cual se lo acusa, presunción únicamente desvirtuable mediante sentencia definitiva. Si, por el contrario, la calificación fuera inmodificable, se mantendría lo dicho en la resolución de acusación, aunque en el curso del juicio se demostrara que ella, en su base misma, era deleznable, lo cual carece del más elemental sentido de justicia" (M.P: Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Como es sabido, el sistema penal colombiano tiene dos etapas: una la instrucción, a cargo de los fiscales y la segunda la de juzgamiento, a cargo de los jueces. Esto significa que proferida la resolución acusatoria, se sucede, la siguiente etapa, es decir, la de juzgamiento, cuya competencia el Estado la ha radicado en cabeza de los jueces penales.

En la etapa de investigación los fiscales cumplen una verdadera labor judicial, asegurando para ello la comparecencia de los presuntos infractores de la ley penal, adoptando, si lo consideran pertinente, la medida de aseguramiento respectiva (artículo 250 N° 1 C.P) y, además, investigando tanto lo favorable como lo desfavorable al sindicado (Artículo 250 inciso último de la Carta Política y el artículos 249 y 333 del C.P.P.) para garantizarles, a las personas encausadas en un proceso penal, la imparcialidad y transparencia que requiere toda investigación judicial.

Dicho esto, y aunque se hable de etapas en el sistema mixto acusatorio, no se puede interpretar que exista una división infranqueable donde una y otra actúen independientemente, sin observarse por parte del juez, las decisiones del fiscal, pues, de ser así, se tornaría nugatoria la fase del juzgamiento. La Carta le ha otorgado facultades al juez penal para dictar la sentencia definitiva. La razón de esto, es procurar que, tanto en la investigación

como en el juzgamiento, florezca la verdad en razón de garantizarle la dignidad y los derechos fundamentales del presunto sindicado y una cumplida administración de justicia.

Al respecto, esta Corporación ha señalado:

"...establecer una separación absoluta entre las dos fases del proceso penal, ignorando que ambas forman parte de una misma realidad jurídica y que los funcionarios que adelantan cada etapa deben colaborar para el cumplimiento de los fines de la administración de justicia, pese a tener funciones separadas.

"...

"...Sobre el particular cabe resaltar, una vez más, la colaboración e intercomunicación entre fiscales y jueces que como miembros de la rama judicial no se excluyen, pudiendo estos últimos intervenir en la fase instructiva, sin desconocer, claro está, las competencias señaladas a los primeros. La inclusión de la Fiscalía General de la Nación dentro de los órganos que administran justicia, permite aseverar la existencia de la unidad de jurisdicción, razón de más para sostener que el control de legalidad previsto en el artículo 414A del Código de Procedimiento Penal, no constituye una injerencia indebida en las actuaciones de la Fiscalía sino que obedece a la complementariedad de las labores que desempeñan distintos funcionarios judiciales, al principio de economía procesal, ya que va a permitir subsanar posibles fallas y desaciertos, garantizando una etapa de juzgamiento depurada de vicios, y, por contera, al propósito inabdicable de proteger celosamente los derechos del procesado.

"Resulta conveniente puntualizar a este propósito, que el control de legalidad de las medidas de aseguramiento no opera de manera oficiosa, sino que requiere petición del interesado, de su defensor o del Ministerio Público; que supone la ejecutoria de la respectiva decisión, y que su promoción no suspende el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación; se prevé el rechazo de plano para solicitudes infundadas y la no admisión de recurso alguno para evitar innecesarias tardanzas. No son de recibo, entonces, los comentarios que hacen énfasis en el entrabamiento de la investigación generado por el trámite del control de legalidad de las medidas de aseguramiento, que tampoco es tercera instancia ni recurso adicional encaminado a una nueva valoración de la prueba; se repite que se trata de un control que apunta a la protección de los derechos fundamentales, y que sólo procede respecto de las providencias que efectivamente contengan medidas de aseguramiento, es decir, que cuando éstas se dejan de imponer, el juez no está llamado a dictar la que considere pertinente so pretexto de ejercer el control de legalidad..." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-395 del 8 de septiembre de 1994. M.P. doctor magistrado Carlos Gaviria Díaz).

3. La tutela no es el medio judicial para recurrir las medidas de aseguramiento decretadas por el fiscal.

Al juez constitucional no le está permitido interferir o inmiscuirse en órbitas que no son de su competencia para enderezar un posible error cometido por el funcionario que está administrando justicia (artículo 228 y 230 de la Carta Política), salvo cuando exista vía de hecho en los términos señalados por la doctrina constitucional.

Esta Corporación indicó sobre la vía de hecho lo siguiente:

"...la violación flagrante y grosera de la Constitución por parte del juez, aunque pretenda cubrirse con el manto respetable de la resolución judicial, puede ser atacada mediante la acción de tutela siempre y **cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Constitución y no exista otro medio al alcance del afectado para la defensa de su derecho"** (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta. Sentencia T-173 4 de mayo de 1993. M.P.: Doctor José Gregorio Hernández Galindo) (Negrilla fuera del texto).

Existirá una vía de hecho, si así lo refleja el acervo probatorio del caso particular, cuando salte a la vista una verdadera y protuberante falla judicial, que no sea posible enderezar por otro medio judicial distinto a la acción de tutela. Si existiese otro remedio judicial, idóneo, dejaríamos de estar dentro de los límites de la tutela.

La Sentencia C-395 de 1994, ya citada, estudió la constitucionalidad del artículo 414ª del C.P.P., que se transcribirá a continuación, el cual permite al interesado, al defensor, o al Ministerio Público, y, en fin, a todos los sujetos procesales, elevar petición motivada solicitando la revisión de la legalidad de las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o de sus agentes, buscando con ello, la garantía del derecho al debido proceso que se reclama en todo juicio penal y, en particular, la protección de los derechos del procesado.

El artículo 414ª del C.P.P., señala:

"CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Formulada la petición ante el Fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco (5) días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco (5) días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, no admiten ningún recurso".

El control de legalidad citado tiene como fin evitar que una errónea medida de aseguramiento pueda vulnerar los derechos del sindicado, toda vez que permite al juez competente, enderezar o rectificar si hubiere lugar a ello, la conminación, la caución, la prohibición de salir del país, la detención preventiva, entre otras medidas.

Se concluye entonces, que el procesado ha sido dotado por la ley penal de medios judiciales aptos y ágiles para controvertir la legalidad de la medida de aseguramiento impuesta, incluso, la decretada en la resolución acusatoria por el fiscal en segunda instancia.

4. El caso concreto

La apoderada del actor pretende que, a través de la presente tutela, se modifiquen dos decisiones judiciales. La primera, la proferida por la fiscal 17 seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Publica ante el Circuito Penal de Cartagena, el 24 de abril de 1996, en la que se calificó el mérito del sumario en el proceso penal que se seguía contra el actor por el delito de peculado culposo y lo conminó a suscribir el acta de compromiso. La segunda, aquella que en virtud de los recursos de apelación interpuestos contra la decisión anterior, dictó la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, modificando la calificación del tipo penal, establecida por el *a quo*, considerando la conducta como un delito de peculado por apropiación y, también, como un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, decretando a su vez, la medida de detención preventiva sin excarcelación.

Por su parte, los jueces de instancia en tutela coincidieron en señalar que, al accionante no se le indagó sobre los delitos de peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, agravados por la cuantía, por los cuales se le dictó resolución de acusación proferida por la fiscal 5ª -accionada; y que no hay otro medio de defensa judicial para garantizarle, al señor García Romero, el derecho al debido proceso y a la libertad, como quiera que contra la providencia que resuelve la apelación no procede recurso alguno (Artículo 197 C.P.P)

Sobre la decisión adoptada por la fiscal 17 en primera instancia, el artículo 204 del C.P.P. señala cuales decisiones son apelables, entre ellas, precisamente, la que califica la investigación. En el caso *sub-lite*, la actora hizo uso del recurso que provee la ley, modificándose dicha decisión por la segunda instancia -fiscal 5ª-; por consiguiente, la Resolución señalada no esta produciendo efectos jurídicos, pues al ser analizada por el superior y modificada, no puede pretender la apoderada del accionante que esta decisión sea nuevamente objeto de revisión. En consecuencia, sobre este punto es improcedente la acción de tutela.

Así las cosas, el presente fallo de tutela se referirá de manera exclusiva a la decisión de la fiscal 5ª, que, a juicio de la apoderada del demandante, incurre supuestamente en una vía de hecho, por haber calificado la conducta del actor con tipos penales distintos a los establecidos en la indagatoria.

En relación con esta última decisión, debe anotarse que la calificación hecha por el fiscal de primera instancia en la resolución acusatoria -peculado culposo- puede ser modifica-

da por el superior. En efecto, teniendo en cuenta que el recurso fue interpuesto por varios sujetos procesales -sindicado y parte civil-, no existe disposición sustancial o procesal que le impida al superior, conocer del recurso de apelación interpuesto contra la resolución acusatoria, modificando la denominación jurídica a la descrita en la decisión de primera instancia.

La doctrina y jurisprudencia han definido la diligencia de indagatoria como el acto que se realiza ante el juez competente en el que se le comunica al indagado las razones por las cuales se le ha citado a declarar personalmente, para que éste, voluntariamente, rinda las explicaciones necesarias de su defensa, suministrado información respecto de los hechos que se investigan y que de manera provisional puedan adecuarse a un determinado tipo penal. La diligencia de indagatoria tiene entonces una doble connotación jurídica: es el primer medio de defensa del imputado en el proceso, a través del cual explica su posible participación en los hechos; y es, a su vez, fuente de prueba de la investigación penal, porque le permite al juez hallar razones que orienten la investigación a la obtención de la verdad material. Así las cosas, resulta lógico que el interrogatorio adelantado por el instructor en la indagatoria debe versar fundamentalmente sobre los hechos materia de la investigación y no sobre la adecuación típica de los delitos, la cual se irá formando en desarrollo de la etapa instructiva, que tiene lugar a partir de la diligencia de indagatoria y hasta la calificación del mérito del sumario. Por esto, resulta equivocado pensar que es en el auto que resuelve la situación jurídica del indagado donde debe fijarse la calificación jurídica de los delitos que se investigan, pues, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia:

> "Es una equivocación ostensible exigir que desde la misma indagatoria que se recibe al imputado recién pasados los hechos (como ocurrió en este caso), deba enterársele de la calificación jurídica que hasta el momento recibe la conducta objeto de reproche. No: como bien lo recuerda la Delegada, es la misma ley la que dispone indagar por los hechos estructurantes de la imputación y de los cuales emerge posteriormente (primero al resolverse la situación jurídica y luego al calificarse el proceso) la acomodación jurídica que a ellos debe dársele. Porque el sindicado, al defenderse de los hechos concretos, en principio, ya se está defendiendo de la hipotética adecuación que en derecho éstos merezcan"[1].

Lo anterior fue reiterado, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia del 25 de Julio de 1996, al señalar:

> "Al margen de lo anterior, que es un evidente desconocimiento de la realidad procesal, también se equivoca el apoderado judicial del ex-Congresista al creer que la apreciación probatoria que se haga en el auto mediante el cual se define la situación jurídica del indagado, no puede ser modificada al momento de calificar el mérito del sumario sin que hayan surgido nuevas pruebas, como si con esa decisión se diera por consolidada una determinada situación de manera absoluta. No hay ninguna dispo-

1 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 31 de agosto de 1995. Proceso Nº 9193. M.P.: Dr. Fernando Arboleda Ripoll.

sición procesal que impida que al momento de calificar el sumario se de a los hechos una denominación jurídica distinta a la del auto de detención, ni que la valoración probatoria sea diferente, pues por su propia naturaleza la definición de la situación jurídica es provisional, y por lo mismo de ejecutoria formal, susceptible de revocatoria"[2].

Incluso, de conformidad con el artículo 442 de C.P.P. la calificación jurídica de los delitos, dispuesta en la resolución acusatoria, tiene también un carácter provisional, pudiendo la misma ser modificada en la etapa de juzgamiento. Así lo reconoció esta Corporación cuando dijo: "La provisionalidad de la calificación -que, por supuesto implica la posterior facultad judicial de modificarla- cobra sentido en esta etapa procesal por cuanto mediante la resolución de acusación se da lugar al juicio, con base en unos motivos estimados suficientes por la Fiscalía a la luz de las reglas procesales aplicables y como resultado de la investigación, pero no se decide, lo cual corresponde al juez, de acuerdo con la estructura del proceso penal en el sistema acusatorio previsto por la Constitución"[3].

Así las cosas, la decisión de la fiscal 5ª, al modificar la calificación de peculado culposo por peculado por apropiación y contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, no constituye una vía de hecho sino que, simplemente, es el resultado de la facultad que el artículo 217 del C.P.P. le otorga al *ad quem* para revisar los aspectos impugnados y dictar la respectiva decisión, confirmándola, modificándola o revocándola, si es del caso.

Consecuencia de la modificación de la resolución de acusación es, también, la sustitución de la medida de aseguramiento de conminación impuesta por el *a quo,* por la de detención preventiva sin excarcelación. Dado que en el recurso de apelación el *ad quem* resolvió modificar la adecuación típica peculado culposo por peculado por apropiación y contrato sin los requisitos legales, agravados por la cuantía (inciso 3 del artículo 133 del Código Penal, modificado por la Ley 190 de 1995 artículo 19), resulta evidente que, en cumplimiento de los dispuesto en el artículo 397 numeral 2 del C.P.P., según el cual: " *Cuando el delito que se atribuya al imputado sea o exceda de dos años*" y el artículo 197 *eiusdem* según el cual "*Cuando se decrete en segunda instancia la prescripción de la acción o de la pena, o se dicte o* ***sustituya una medida de aseguramiento****, se notificará la providencia respectiva*", (negrilla fuera del texto) la fiscal 5ª estaba habilitada por el ordenamiento legal para modificar la medida de aseguramiento decretada al accionante.

Ahora bien, sostiene la apoderada del actor que como quiera que contra la providencia que resuelve la apelación no procede recurso alguno, no es posible controvertir la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta por la fiscal 5ª. Sobre el particular resulta conveniente hacer las siguientes precisiones: 1) que por mandato constitucional (Art. 31) al legislador le corresponde determinar, por excepción, cuales providencias judiciales no son apelables. Así lo expone el artículo 16 del C.P.P., cuando señala: *"Toda providencia*

2 Cfr. Proceso Nº 7830. M.P.: Dr. Ricardo Calvete Rangel.

3 Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-491 del 26 de septiembre de 1995. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

interlocutoria, podrá ser apelada, salvo las excepciones previstas". Es este precisamente el caso de la decisión cuestionada por vía de tutela, la cual , por disposición del artículo 197 *eiusdem* no es susceptible de recurso alguno; 2) que, a pesar de lo dicho, por disposición del artículo 414ª *ibídem*, *"Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivado, de su defensor o por el Ministerio Público"*. Con ello se entiende que en el caso *sub lite* la medida de aseguramiento de detención preventiva sin excarcelación dictada por la fiscal 5ª era susceptible del control de legalidad de que trata la norma citada, que además requiere para su operancia, como lo señala la propia norma, petición del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. En todo caso, al hacerse efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva, si el sindicado o su apoderado consideran que se trata de una detención ilegal, pueden interponer la acción de *hábeas corpus*, consagrada en el artículo 5° del C.P.P., que señala:

> *"Art. 5°- Hábeas Corpus. Quien estuviere ilegalmente privado de su libertad, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el hábeas corpus, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas contadas desde el momento de la solicitud y sin tener en cuenta el número de retenidos"*.

Se reitera además, que esta Corporación en la Sentencia C-395 de 1994, declaró exequible ese control de legalidad, el cual, como lo dijo la Corte esta encaminado a proteger los derechos fundamentales de todas las personas a las cuales se les ha modificado una medida de aseguramiento, permitiendo que el juez de la causa pueda declarar la ineficacia de la medida, cuando ésta ha sido adoptada con violación a las garantías fundamentales consagradas en la Carta.

Este control de legalidad a las medidas de aseguramiento no deja de ser un instrumento ágil, en cuanto que si el juez encuentra fundada la solicitud, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de cinco días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los cinco días siguientes si resulta procedente modificar la medida adoptada por el funcionario de instrucción.

Asi mismo, examinada la providencia impugnada, resulta evidente que la misma proviene de un juicioso análisis de las actuaciones surtidas durante el desarrollo de la etapa sumaria. Por ello, la decisión adoptada se encuentra ajustada a la competencia y autonomía de esa autoridad, además de que, no puede olvidarse, son las reglas de la sana critica las que le permiten al funcionario judicial adoptar sus propias decisiones, sometido únicamente al imperio de la ley (Art. 230 de la Constitución). Así, cuando en ejercicio de la función de administrar justicia, el juez interpreta la ley siguiendo su criterio y evaluando los elementos probatorios aportados al proceso, no puede configurarse quebrantamiento alguno del ordenamiento jurídico.

En esta forma, si considera la apoderada del accionante que la decisión adoptada es injusta e ilegal, no es la acción de tutela la llamada a revocarla; es precisamente en el esce-

nario de la etapa del juicio, donde los sujetos procesales pueden hacer valer sus pretensiones y solicitar las nulidades que a su juicio se hayan originado durante la instrucción y que no hubieren sido resueltas, presentando las pruebas que sean conducentes al hecho mencionado y las demás pruebas que propugnen por la defensa del sindicado (artículo 446 del C.P.P.). Se reitera, que el juez de tutela no está habilitado para administrar justicia paralela a la del juez ordinario que por competencia le corresponde conocer del asunto, como sucede en el caso que se revisa, pues esto llevaría a una intromisión de competencias y funciones, en total desconocimiento del principio de la seguridad jurídica de las decisiones judiciales.

De conformidad con lo anotado, para esta Sala de Revisión la providencia de fecha 14 de febrero de 1997 proferida por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena, no configura una vía de hecho. Así las cosas, con fundamento en el artículo 7° del Decreto 306 de 1992, serán revocados los fallos proferidos en las dos instancias de la presente tutela y se dejará sin efecto las ordenes impartidas por el Juzgado 7° Penal Municipal de Cartagena de Indias el siete (7) de marzo de 1997, las cuales fueron confirmadas por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el dieciocho (18) de abril del mismo año. En consecuencia, la decisión adoptada por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena quedará vigente y, por lo tanto, debe ser acatada y ejecutada por las autoridades judiciales competentes de manera inmediata.

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

RESUELVE

Primero.- **REVOCAR** las Sentencias proferidas por el Juzgado 7° Penal Municipal de Cartagena de Indias, el siete (7) de marzo de 1997, y por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el dieciocho (18) de abril del mismo año. En consecuencia, **NEGAR** la acción de tutela instaurada por el señor Gabriel Antonio García Romero.

Segundo.- **REVOCAR** las ordenes impartidas por el Juzgado 7° Penal Municipal de Cartagena de Indias el siete (7) de marzo de 1997, las cuales fueron confirmadas por el Juzgado 4° Penal del Circuito de Cartagena de Indias, el dieciocho (18) de abril del mismo año. En consecuencia, **EJECUTAR** lo decretado en la resolución acusatoria con fecha del catorce (14) de febrero de 1997 proferida por la fiscal 5ª delegada Seccional del h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena.

Tercero.- **ORDENAR** que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique esta providencia al Juzgado 7° Penal Municipal de Cartagena de Indias, 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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-440
septiembre 16 de 1997

Referencia: Expediente T-129624.

Actora: Sandra González Saavedra.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, en sesión del dieciséis (16) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Primera (1a.) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, de fecha veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

I.- ANTECEDENTES.

A.- La demanda.

Dirigida contra el Consejo Directivo de la Junta Administradora de la Urbanización Cerros de Guadalupe Propiedad Horizontal, persona jurídica domiciliada en Cali, busca la defensa del derecho de propiedad.

En cuanto a los hechos, afirma que el doce (12) de diciembre del año pasado, en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, la actora adquirió, por remate, la propiedad de la casa de habitación de dos plantas distinguida con el número once (11) de la Urbanización Cerros de Guadalupe Propiedad Horizontal, ubicada en la calle primera (1a.), o Avenida de los Cerros, número cincuenta y seis setenta (56-70), registrada al folio de matrícula inmobiliaria 370-0340295 de la citada ciudad, al precio de cincuenta millones cuarenta mil pesos ($50.040.000.oo).

Por auto del treinta (30) de enero del presente año, el juzgado aprobó el remate y ordenó

al secuestre Mario Jaramillo entregar el bien y rendir cuentas comprobadas de su gestión.

Pero, antes de la diligencia de remate, el administrador de la Urbanización, señor Alfonso Fonseca Vargas, presentó el valor de la deuda que por cuotas de administración debía quien hasta ese momento era la propietaria del inmueble, esto es, la señora Francy Herrera Victoria, deuda que ascendió a la suma de nueve millones ochocientos ochenta y un mil seiscientos doce pesos ($9.881.612.oo).

El juzgado, el dieciseis (16) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), ordenó agregar dicha cuenta al expediente para ser considerada "al momento de hacerse la reliquidación del crédito dentro del proceso hipotecario adelantado por la Corporación de Ahorro y Vivienda "CONAVI" (principal) y CONSTRUCTORA LOS CERROS (acumulado), contra la señora Francy Herrera Victoria".

Posteriormente, el diecinueve (19) de diciembre del año pasado, el mismo señor Fonseca Vargas adicionó la cuenta anterior, con una liquidación actualizada por la suma de once millones novecientos veintidós mil ciento noventa y siete pesos ($11.922.197.oo).

Presentada la liquidación adicional del crédito por "CONAVI", el juzgado considera que lo que la demandada adeuda por cuotas de administración, "no puede ser tenido en cuenta al momento de hacerse la reliquidación definitiva del crédito, porque dicha actuación corresponde al secuestre al momento de rendir cuentas de su administración". En consecuencia, el juzgado declara ilegal el auto del dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y seis (1996), y determina no atender los escritos del administrador de la propiedad horizontal, por no ser parte en el proceso.

Habiéndose trasladado la actora, en su condición de adjudicataria del inmueble, a la Urbanización Cerros de Guadalupe, el señor Alfonso Fonseca Vargas le negó el acceso al mismo, "argumentando que hasta tanto no se cancelara lo adeudado por la anterior propietaria señora Francy Herrera Victoria, por concepto de cuotas de administración", no se le permitiría el ingreso.

El cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), la actora solicitó, por escrito, permiso para ingresar a su inmueble, para efectuar las reparaciones locativas que fueran necesarias.

El diez (10) del mismo mes, se le contestó, con base en el reglamento de propiedad horizontal, que "se permitirá el ingreso de los obreros", pero "no se expedirá ningún paz y salvo financiero para permitir el ingreso del trasteo o mudanzas a la casa número 11", hasta tanto "se cancele lo adeudado por concepto de cuotas de administración por la anterior propietaria", esto era, la suma de $13.258.120.oo pesos.

En la última página del reglamento existe una cláusula que establece que el ingreso y salida de trasteos sólo será autorizado por el administrador, previa presentación del paz y salvo financiero. Para la demandante esta norma fue violada al habérsele permitido a la anterior propietaria el retiro de sus enseres, a pesar de la deuda que tenía por concepto de

cuotas de administración. Además, considera que la certificación sobre la deuda presta mérito ejecutivo contra la anterior dueña, la señora Francy Herrera Victoria.

Las pretensiones de la demanda se reducen a lo siguiente :

"Que se ordene a la Administración de la Urbanización Cerros de Guadalupe - Propiedad Horizontal, y a su representante legal señor Alvaro Fonseca Vargas, se me permita el ingreso libremente y ocupar en forma plena, gozar, usar, disfrutar y disponer del inmueble a mi arbitrio en mi condición de propietaria.

Finalmente, la demandante deja constancia de que, en su opinión, ella no tiene por qué pagar una deuda ajena, puesto que sólo asume responsabilidad con la administración después de la diligencia de remate.

B.- Decisión judicial.

El fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, del veintiuno (21) de marzo del presente año, se negó a conceder la tutela solicitada.

El fundamento de la determinación fue la consideración de que la actora no estaba en circunstancias de indefensión, pues contaba con otro medio de defensa judicial -el proceso verbal-, ni tampoco estaba en situación de subordinación.

Fuera de esto, el Tribunal agregó que tampoco era posible acceder a la tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, pues a "esta modalidad ni siquiera se aludió en el caso *sub judice*". E inclusive sostuvo que, según la sentencia T-019 de 1995 de esta Corte Constitucional, "las controversias que se produzcan en virtud del ejercicio de los derechos de copropiedad y con ocasión de la aplicación del régimen de propiedad horizontal, son de naturaleza legal y no constitucional. La acción de tutela no es el medio idóneo para proteger los derechos legales para cuya defensa la ley ha dispuesto otros mecanismos". Finalmente, el Tribunal estimó que la conducta del administrador está avalada por el mismo reglamento de copropiedad, el cual autoriza el correctivo que en este asunto aplicó el administrador.

II.- CONSIDERACIONES.

A.- Competencia.

La Sala es competente para decidir, por lo dispuesto en los artículos 8o. y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

B.- Lo que se debate.

Debe examinarse si las discrepancias entre una persona jurídica administradora de una propiedad horizontal y uno de los propietarios deben resolverse a través de la acción de tutela. Así mismo, debe determinarse si esta última acción puede otorgarse como mecanismo

transitorio en ausencia de un perjuicio irremediable por precaver.

C.- Motivos por los cuales se denegará la tutela.

Saneada la nulidad a que se hizo referencia en el auto del pasado diecinueve (19) de agosto, procede la Sala a resolver esta acción de tutela así:

1o.- Existencia de otro medio de defensa judicial.

El inciso 3o. del artículo 86 de la Constitución dice que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial".

Pues bien, en el presente caso la actora contaba para su defensa con otro medio de judicial, a saber, el proceso verbal sumario. En efecto, según el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 239 del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989, "Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo, los siguientes asuntos : (...) Parágrafo 1o.- En consideración a su naturaleza : 1o.- Controversias sobre la propiedad horizontal de que tratan el artículo 7o. de la ley 182 de 1948 y los artículos 8o. y 9o. de la ley 16 de 1985".

Ciertamente, las diferencias surgidas entre la persona jurídica que administra el reglamento de propiedad horizontal y las áreas comunes de la Urbanización Cerros de Guadalupe, y la demandante, señora Sandra González Saavedra, son susceptibles de ser solucionadas con arreglo a lo dispuesto por el artículo 8o. de la ley 16 de 1985, norma que a la letra dice :

"**Competencia y procedimiento.** Las diferencias que surgieren entre propietarios y entre éstos y la persona jurídica que nace de lo dispuesto en el artículo 3o. de la presente ley, con motivo del ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular o como integrantes de la persona jurídica antes mencionada, serán sometidas a decisión judicial, mediante el trámite del proceso verbal de que trata el título XXIII, sección primera del libro 3o. del Código de Procedimiento Civil. Al mismo trámite se someterán las diferencias que surjan sobre la legalidad del reglamento y de las decisiones de la asamblea general.

"PAR. Lo dispuesto en el inciso anterior no impide que los interesados puedan recurrir a las autoridades de policía para los efectos preventivos de su competencia."

Para la Sala, no cabe duda de que por el alcance general que tiene el inciso primero de la norma citada, el enfrentamiento objeto del presente asunto, causado por la determinación de la administración de la propiedad horizontal en el sentido de prohibir el ingreso de la actora al inmueble de su propiedad, es de aquellos que deben ser resueltos por la justicia civil ordinaria a través del proceso verbal, hoy verbal sumario de conformidad con la reforma del año de 1989. Por lo demás, es claro que la Urbanización Cerros de Guadalupe es una propiedad horizontal sometida a la ley 16 de 1985, pues así se

deduce de la certificación del veinticuatro (24) de julio del presente año, emanada de la Secretaría de Ordenamiento Urbanístico (Subsecretaría de Ordenamiento y Regularización Física - División de Vivienda e Intervenidas) de la ciudad de Santiago de Cali (folio 2o.).

Las consideraciones anteriores demuestran que no es la acción de tutela la procedente para el trámite de las pretensiones formuladas por la parte actora. Cabe recordar que con este criterio se reitera la jurisprudencia de esta misma Corporación, esto es, la contenida en la sentencia de la Sala Tercera (3a.) de Revisión número T-019 de 1995 (Magistrado ponente doctor Eduardo Cifuentes Muñoz). Allí, en lo pertinente, se dijo :

"En una ocasión anterior, la Corte ya tuvo oportunidad de precisar que "las diferencias que surjan entre propietarios y entre éstos y la administración, con motivo del ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones, como propietarios de los bienes de dominio exclusivo o particular, al igual que las diferencias que surjan sobre la legalidad del reglamento y de las decisiones de la asamblea general, deben someterse a decisión judicial, para que mediante el trámite del proceso verbal, regulado en el Código de Procedimiento Civil, se definan. (arts. 7 Ley 182/48 y 8 de la Ley 16/85)".

"Las controversias que se produzcan en virtud del ejercicio de los derechos de copropiedad y con ocasión de la aplicación del régimen de propiedad horizontal, son de naturaleza legal, y no constitucional. La acción de tutela no es el medio idóneo para proteger los derechos legales para cuya defensa la ley ha dispuesto otros mecanismos."

2o. Falta de un perjuicio irremediable por precaver.

Debe señalarse que la interesada, en ningún momento, manifestó que la situación objeto de la tutela la estaba exponiendo a un perjuicio irremediable en alguno de sus derechos constitucionales fundamentales. Ante esta circunstancia, en la cual no hay ninguna prueba que abone la necesidad de precaver uno de tales perjuicios, la Corte no puede aplicar lo dispuesto por la parte final del inciso 3o. del artículo 86 de la Constitución. En otras palabras, en el presente caso no cabe la tutela ni siquiera como mecanismo transitorio para "evitar un perjuicio irremediable".

Por lo tanto, por absoluta sustracción de materia, no podría aquí intentarse aplicar la doctrina contenida en la citada jurisprudencia, la cual enseña que :

"6. Situación diferente se presenta, cuando los actos o decisiones de los órganos de dirección o administración de una copropiedad, vulneran otros derechos fundamentales. En estas circunstancias, la acción de tutela sí puede ser el medio de defensa idóneo para neutralizar ataques inconstitucionales a derechos fundamentales."

III.- DECISION.

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

RESUELVE :

Primero.- CONFIRMASE la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, del veintiuno (21) de marzo del corriente año, que se negó a conceder la tutela solicitada.

Segundo.- COMUNIQUESE la presente decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Civil, para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado Ponente

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-441
septiembre 16 de 1997

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Importancia del factor tiempo/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ**-Ingreso oportuno a la Universidad

El grado de educación académica de las personas tiene importantes consecuencias tanto en el desarrollo global de una sociedad como en el futuro laboral de las personas. La posibilidad de realizar estudios universitarios le significa a los individuos el acceso a uno de los mecanismos de movilidad social más efectivos. No cabe duda de que el hecho de contar con estudios superiores puede marcar definitivamente el rumbo de la vida de muchas personas. De allí la impresionante competencia por los escasos cupos disponibles en las universidades oficiales del país. El bachiller recién egresado se encuentra en el trance de elegir rápidamente entre distintas opciones acerca de cómo moldear su vida futura. Una de ellas es la de intentar ingresar a la universidad. Sin embargo, esta es una opción que está abierta por un lapso muy breve. El mero transcurso del tiempo facilita el surgimiento de barreras, invencibles para muchas personas, que marchitan la aspiración de realizar estudios superiores. La situación descrita evidencia la importancia del factor tiempo para la realización del sueño de ingresar a la universidad. Ante este hecho y en vista del trámite prolongado que exigiría el mecanismo judicial ordinario, sólo puede concluirse que éste se demuestra en este caso como ineficaz, por cuanto la duración del proceso que inicia compromete seriamente las aspiraciones del demandante de absolver los estudios universitarios. Por lo tanto, y con miras a impedir un perjuicio irremediable para el actor, debe declararse que la demanda de tutela sí es procedente en este caso.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Límites constitucionales a libertad de dictar normas sobre su funcionamiento

La Constitución consagra la autonomía universitaria. Sin embargo, el hecho de que las instituciones de educación superior gocen de autonomía no significa que ellas tengan una absoluta libertad para dictar las normas que han de regir su funcionamiento. Todas las entidades públicas, sea cual fuere su status, están vinculadas por los mandatos constitucionales (CP art. 4). Incluso las que surgen del voto ciudadano, las cuales, de acuerdo con la teoría política, representan la voluntad popular. Por lo tanto, el ejercicio de la autonomía de la universidades no puede contravenir en ningún caso los principios y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

CUPOS EN UNIVERSIDAD OFICIAL-
Son bienes públicos los ordinarios y adicionales

Se parte entonces de la base de que la universidad debe responder públicamente sólo por los procedimientos para la distribución de los cupos ordinarios, mientras que tendría amplia discreción para decidir cómo se adjudican los cupos adicionales. El punto de partida de la afirmación es equivocado: todos los cupos de estudio de las universidades oficiales constituyen bienes públicos y, por lo tanto, deben ceñirse al mismo escrutinio por parte de los ciudadanos y de los organismos jurisdiccionales.

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Distribución de cupos atendiendo principios y derechos constitucionales

Las autoridades universitarias pueden decidir, en el marco de su autonomía, cuál es el número de cupos que ofrecerán para cada uno de sus programas. Sin embargo, una vez establecido ese número de plazas, su distribución deberá realizarse siguiendo criterios válidos desde la perspectiva de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

CUPOS EN UNIVERSIDAD PUBLICA-Actualmente constituyen bienes escasos/**PRINCIPIO DE IGUALDAD-**Criterios de distribución de bienes escasos

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 ha señalado esta Corporación, 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.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 de 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.

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Criterio básico es el mérito académico/**CUPOS EN UNIVERSIDAD PUBLICA-**Criterios adicionales de asignación/**CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA**

Evidentemente, el criterio esencial de asignación de los cupos sí debe ser el mérito académico. Es decir, este es el parámetro que debe regir el proceso general de distribu-

ción de estos bienes escasos. Sin embargo, es aceptable que las universidades utilicen otros criterios que flanqueen el parámetro básico de adjudicación de los cupos, cuando, por ejemplo, se persigue contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad o se procura dar cumplimiento a los fines de la institución universitaria. Con todo, estos criterios adicionales no pueden desvirtuar el procedimiento general de otorgamiento de los cupos y deben tener en cuenta el merecimiento académico. Ello significa, por una parte, que el número de plazas de estudio por asignar de acuerdo con estos criterios será reducido con respecto al total de los cupos. Y, por la otra, que en el procedimiento de admisión de alumnos a través de estos criterios se debe tener en cuenta la capacidad académica de los aspirantes. El trato especial que se deriva de los criterios adicionales - para facilitar el ingreso a la universidad de personas pertenecientes a determinados grupos sociales - se restringe únicamente al momento de la admisión. A partir de ese instante, todos los alumnos habrán de ser sometidos a las mismas condiciones. Así lo exigen el derecho de igualdad y el interés del Estado y de la comunidad de contar con profesionales competentes.El criterio básico para acceder a la universidad es el del mérito académico y que este criterio puede ser flanqueado, en ocasiones, por otros criterios que persiguen objetivos específicos.

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Desigualdad de origen

La "desigualdad de origen" que traen consigo los examinados no conforma un argumento suficiente para desvirtuar el valor de las pruebas de admisión. Las universidades cuentan con escasos recursos y es legítimo que se apliquen a la formación de los aspirantes que obtienen las mejores calificaciones en los exámenes. Sin embargo, la "desigualdad de origen" sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial, en punto a la admisión en la universidad, a aquellos aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica, a consecuencia del estado de atraso socioeconómico de sus sitios de proveniencia. La consideración especial con estos aspirantes sería una forma de materializar el precepto constitucional que establece que "el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados"

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Inconstitucionalidad de privilegios para hijos de docentes

Esta Corporación declaró en sentencia de la Ley General de Educación era inconstitucional por cuanto desconocía el criterio básico de ingreso a la universidad, con lo cual vulneraba el artículo 13 de la Constitución. De esta manera, ya no tiene ninguna cabida el argumento acerca de que el mismo Legislador ha establecido tratamientos privilegiados para los hijos de los docentes con el objeto de facilitarles el acceso a la educación superior en los establecimientos oficiales.

CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Sometimiento a mismas reglas de cupos ordinarios

La disposición vulnera el derecho de igualdad, dado que permite que los funcionarios de la Universidad se apropien de un bien público que debe ser distribuido entre todos los aspirantes, de acuerdo con el criterio del mérito académico.El hecho de que los cupos especiales sean adicionales a los ordinarios no hace que pierdan su calidad de recursos oficiales y, por lo tanto, se deben someter a las mismas reglas que los cupos ordinarios.

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-No puede negociarse en una conveción colectiva/**DERECHO A LA IGUALDAD-**Cupo especial por relación familiar con docente

El ingreso a la universidad debe estar gobernado básicamente por el criterio del mérito. El acceso a este bien escaso no puede negociarse en una convención colectiva. El hacerlo constituye una clara violación del derecho a la igualdad, pues exige un sacrificio desproporcionado de aquellos aspirantes a ingresar a la Universidad que cumplen todos los requisitos y obtienen buenos resultados en los exámenes de admisión. Ellos tienen que resignarse a observar que un buen número de los cupos sea retirado de la competencia pública para ser asignado a algunas personas, cuyo mérito esencial, de acuerdo con la norma analizada, se reduce a tener una relación familiar con un funcionario del claustro universitario.No es procedente que esos estímulos se concedan con bienes públicos escasos, cuya distribución debe ceñirse a principios determinados y estar abierta a todos los interesados que cumplan con los requisitos necesarios.

ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Inconstitucionalidad de privilegios para hijos, cónyuges o compañero y exfuncionarios

CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA- Vulneración de igualdad por prerrogativas en personas oriundas de una región/ **DERECHOS A LA IGUALDAD-**Prerrogativas de acceso a educación superior por ser oriundos de una región

La legítima pretensión de que la universidad le reporte frutos al lugar donde se establece no puede extenderse a los cupos universitarios. Ello implicaría nuevamente la apropiación de bienes públicos escasos por parte de algunos sectores -en este caso de algunas regiones. El grueso de la financiación de las universidades públicas proviene del Tesoro Nacional y, en consecuencia, en principio, todos los colombianos que reúnen los requisitos para aspirar a ingresar a ellas tienen que encontrarse en igualdad de condiciones para poder hacerlo.Contrario a lo que ocurre con los establecimientos de educación primaria y secundaria, muy pocas localidades disponen de un centro universitario que ofrezca una amplia gama de carreras profesionales. Si este sistema de preferencias para los bachilleres del lugar fuera utilizado por todas las universidades oficiales, los estudiantes provenientes de regiones o ciudades en las que no existen universidades públicas o cuyos centros de educación ofrecen un espectro muy limitado de programas académicos se verían en una evidente situación de inferioridad de condiciones en relación con los que fueran oriundos de regiones que cuentan con universidades de gran dimensión.Así las cosas, no existe ninguna razón que justifique el trato preferencial que representa el cupo especial para los estudiantes de . Los argumentos que ofrece el rector

de la Universidad de Cartagena no ameritan que se disponga de un bien escaso.Además, el cupo especial resulta discriminatorio contra los estudiantes provenientes de otros municipios del departamento, no comprendidos en las categorías. Este procedimiento especial de acceso a la Universidad resulta violatorio del derecho de igualdad de los colombianos que reúnen los requisitos necesarios para acceder a la educación superior, y que ven que algunos cupos son retirados de la competencia pública para adjudicárselos a un determinado sector de bachilleres, simplemente por el hecho de que estos últimos son naturales de una región.

HETEROGENEIDAD ESTRUCTURAL EN COLOMBIA-Campo educativo/**CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA**-Diferenciación positiva en estudiantes oriundos de zonas marginadas del país.

La situación colombiana se ajusta a la definición del concepto de heterogeneidad estructural.En el país existen tanto zonas en las que se observan altos niveles de desarrollo en general como regiones sumidas en la más absoluta pobreza y marginación. Los habitantes de estas últimas zonas han sido tradicionalmente descuidados por el Estado en relación con su obligación de facilitarles unas mínimas condiciones de vida y de oportunidades necesarias para poder superar la situación de atraso en que se encuentran. Evidentemente, el Estado no les ha brindado a los pobladores de esas regiones servicios similares a los que les ha prestado a los naturales de otras zonas del país. La desatención estatal se extiende también al campo educativo, tanto en lo relativo a la cantidad de servicios prestados como a la calidad de los mismos. Por eso, se puede aseverar que, normalmente, los bachilleres de las zonas marginadas llegan a los exámenes de admisión con una clara desventaja con respecto a los demás examinados. El tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye, una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores. os demás aspirantes a ingresar a la universidad han recibido durante su vida - en diferente medida - un porcentaje considerablemente mayor de servicios por parte de las organizaciones públicas. Pero además el establecimiento de un procedimiento especial de ingreso a la universidad para los bachilleres de las zonas marginadas contribuye a posibilitar en el futuro la superación o disminución de las distancias existentes en materia de desarrollo entre las distintas zonas del país.

CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Inconstitucionalidad del mecanismo para deportistas

El fomento del deporte contribuye de manera importante al desarrollo de una formación humanística e integral. Es por eso que comúnmente se entiende que en la práctica educativa se debe abrir un espacio a las actividades deportivas.Sin embargo, el hecho de que la universidad deba comprometerse con la promoción del deporte no constituye una razón suficiente para crear un cupo especial para favorecer el acceso de los deportistas a los estudios superiores. Si bien no se niega que la presencia en la universidad de deportistas de alto rendimiento puede constituir un estímulo para la práctica de las actividades de recreación física, este objetivo puede lograrse a través de medidas menos lesivas

de los intereses de los otros aspirantes a acceder la universidad. El impulso de las actividades deportivas bien puede realizarse a través de medidas distintas, que no impliquen el sacrificio injusto y excesivo de la aspiración de algunas personas de realizar estudios superiores. Además, en las condiciones actuales del país, la imposición de esa carga sobre estos individuos aparece como inaceptable, en razón del hecho de que, por lo regular, las actividades de alta competencia deportiva y las académicas se desarrollan en esferas diferentes y distantes.

PAZ-Cupo especial de acceso a educación superior para reinsertados favorecimiento/**CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA**-Reinsertados

En la Constitución se manifiesta un profundo compromiso con la búsqueda de la paz, el cual se expresa no únicamente a través de la fijación de objetivos sino también mediante el establecimiento de fórmulas concretas - si bien temporales - para facilitar, entre otras cosas, la representación política de los grupos guerrilleros desmovilizados. La búsqueda de la paz y la creación de las condiciones materiales sobre la que se asienta este propósito, vinculan a todas las instituciones públicas, incluidas las universidades. Aún más, estas últimas tienen un compromiso especial con la paz, pues dentro de sus fines institucionales se encuentra la promoción de valores como la tolerancia, el entendimiento y la confrontación pacífica de ideas, así como la investigación acerca de los problemas del país y de las mejores fórmulas para su solución. El establecimiento del cupo especial para los reinsertados constituye una fórmula apropiada para favorecer la reintegración a la sociedad de guerrilleros desmovilizados, en la medida en que les brinda la posibilidad de realizar estudios profesionales y, por consiguiente, de capacitarse para el mercado del trabajo. Esta medida representa un aporte de la Universidad para el propósito de paz que prohíja la Constitución. En esta medida, y dado que el cupo especial se reduce a una plaza de estudio, deberá concluirse que este cupo no contraría las normas constitucionales. La constitucionalidad de la norma universitaria que consagra esta medida excepcional, en favor del reinsertado, supone la obtención del puntaje mínimo requerido para el ingreso a la Universidad.

Referencia: Expediente T-130095

Actor: Jayder Francisco Hernández Iriarte

Temas:

Igualdad de oportunidades para acceder a las universidades públicas

Diferenciación positiva en favor de estudiantes oriundos de zonas marginadas del país para ingresar a las universidades públicas

Inconstitucionalidad de los mecanismos especiales de ingreso a la universidad para los familiares de los docentes y empleados de la misma, los deportistas y los bachilleres oriundos de Mompós y Magangué.

Constitucionalidad del procedimiento especial de ingreso para los reinsertados

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 número T-130095, promovido por Jayder Francisco Hernández Iriarte contra la Universidad de Cartagena.

ANTECEDENTES

1. El ciudadano Jayder Francisco Hernández Iriarte interpuso acción de tutela contra la Universidad de Cartagena, por cuanto estima que ésta le vulneró sus derechos fundamentales a la educación y a la igualdad al no admitirlo para estudiar en la Facultad de Medicina.

2. Los hechos que dieron lugar a la interposición de la presente acción de tutela son los siguientes:

El día 16 de noviembre de 1996, el actor, un joven proveniente de una familia de escasos recursos que desde hace tres años intenta ingresar a la Universidad de Cartagena, presentó el examen de admisión para ingresar a la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena. La Facultad había puesto a disposición de los aspirantes a ingresar en el primer semestre de 1997 un total de 100 cupos, de los cuales 70 debían distribuirse dentro del plan normal de admisiones y 30 entre bachilleres pertenecientes a determinados sectores de la población.

El listado de los aspirantes admitidos apareció en diciembre y fue fijado en la puerta de acceso a dicha facultad. El actor obtuvo un puntaje de 297, producto de computar los resultados de los exámenes del ICFES y de la Universidad, lo que lo llevó a ocupar el puesto 87.

Los 70 cupos normales fueron adjudicados de acuerdo con los resultados obtenidos en los exámenes. El actor no fue incluido dentro de la lista de los admitidos, pero se le informó que, frecuentemente, varios de los postulantes a los que se les había otorgado una plaza no la tomaban, y que esos cupos sobrantes se distribuían entre los aspirantes no admitidos

que contaban con los mejores resultados. El demandante se decidió entonces a esperar, hasta que observó que personas con puntaje inferior al suyo habían sido admitidos en la Universidad:

"9. Estuve pendiente en la Oficina de Admisiones hasta el último día de la escogencia, todo parecía correcto, hasta cuando subió y fue admitido el N° 85, esto fue exactamente el día martes 4 de febrero del año que discurre a las horas de la noche.

"10. En la fecha 7 de febrero de 1997 se nos citó para el lunes 10 de febrero de 1997, para reasignar los poquitos cupos sobrantes que supuestamente quedaban, este día me enteré precisamente que ya los cupos hasta el 100 estaban copados, solicité en la Facultad de Medicina y obtuve la lista de los 100 matriculados, empecé a comparar con el listado general que aparece fijado (para estas alturas deben haberlo desprendido), en la puerta de acceso a la Facultad de Medicina en el barrio de Zaragocilla de esta ciudad, y cuál sería mi sorpresa al encontrarme que las personas que aparecían llenando los cupos sobrantes eran cupos especiales y aparecen todos los cupos bien avanzados en lista, el más cercano al 87, mi cupo, es el N° 99, pues los demás son el 220, 277, 330, 792, 1006, 1182 y 1183 por citar algunos ejemplos.

"11. Lo anterior no paró ahí, elevé petición para que me explicaran estos hechos y cual es mi sorpresa, el doctor Antonio González, Jefe de Admisiones de la Universidad de Cartagena me informa que eso no es así, que el listado fijado en la facultad de medicina está equivocado, que el listado correcto está en admisiones y lo tiene y maneja él, esto surge porque los cupos que cité en el aparte anterior, aparecen en el listado de la facultad de medicina como de PLAN NORMAL (...).

"13. Le expresé al doctor ANTONIO GONZALEZ que entonces cuál es la confiabilidad que podía dársele a todo el proceso de selección y admisión de estudiantes?, si las cosas se manejaron de esta forma, cuando este debe ser un proceso público y por ende transparente.

"14. Se me informó también por parte del Jefe de Admisiones de la Universidad de Cartagena, que esos nombres que yo cito, uno de ellos es deportista y los otros restantes del Sur de Bolívar, que en el listado general hubo un error y por eso aparecen como normales (...)".

A juicio del actor, los privilegios otorgados a los bachilleres deportistas, a los oriundos del sur de Bolívar y a los hijos de los profesores y empleados de la universidad están prohibidos a la luz de la Constitución de 1991. El derecho a la igualdad debe garantizarse a estudiantes como él que "han cosechado en su mente todas las ilusiones de ver cristalizados sus desvelos y esfuerzos para alcanzar su meta, cual es en este caso, estudiar Medicina en la Universidad de Cartagena".

En razón de todo lo anterior, el actor solicita que el Tribunal Administrativo de Bolívar declare la nulidad tanto de los acuerdos de la Junta Directiva de la Universidad sobre cupos

especiales como de la resolución en la que se determinó a quiénes se les asignaban esos cupos especiales en el primer semestre de la Facultad de Medicina, emitida por el rector de la Universidad; adicionalmente, solicita que se le brinde el mismo trato que a los postulantes que se presentaron con él y que, en consecuencia, se le admita en la Universidad.

3. El 14 de febrero de 1997, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la tutela y le solicitó al rector y al jefe de admisiones de la Universidad de Cartagena que se manifestaran sobre los hechos materia de la acción y enviaran diversas pruebas documentales.

3.1 El rector de la Universidad manifiesta, en primer lugar, que la acción de tutela no es el mecanismo apropiado para obtener la nulidad y revocatoria de los acuerdos y resoluciones sobre los cupos especiales para el ingreso al centro de estudios. Tanto los acuerdos de la Junta Directiva y del Consejo Superior de la Universidad como las resoluciones del rector son típicos actos administrativos, contra los cuales procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Por lo tanto, el rector solicita que se declare la improcedencia de la solicitud de tutela.

De otro lado, el rector expresa que el artículo 69 de la Constitución, desarrollado por los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, consagra la autonomía universitaria, a partir de la cual, "las Universidades tienen la facultad legal para expedir sus propios estatutos que regirán internamente las actividades académico-administrativas". Con base en esa atribución fue expedido el Estatuto General de la Universidad de Cartagena, mediante el Acuerdo N° 03 del 18 de Enero de 1994, en virtud del cual el Rector está obligado a "ejecutar las decisiones de los Consejos Superior y Académico".

Del escrito del rector se infiere que la creación de los cupos especiales por parte del Consejo Directivo de la Universidad estaría respaldada por el principio de la autonomía universitaria. Los cupos especiales son definidos como "derechos que se consagraron en favor de ciertas personas en razón de parentesco con los docentes, empleados y jubilados de la institución, a los deportistas para fomentar e incentivar su actividad, a los habitantes de ciertos municipios del Sur de Bolívar como un aporte al desarrollo social de esas comunidades".

Relata el rector que antes de la expedición de la nueva Constitución, estos cupos habían sido erigidos a través de los acuerdos 10, 20 y 21 de 1977, 44 de 1978 y 01 de 1979, del Consejo Directivo. Tras la expedición de la Carta de 1991, el Consejo Directivo fijó y reglamentó los cupos especiales para los programas de pregrado a través del acuerdo N° 03 del 15 de julio de 1992, el cual derogó todos los acuerdos anteriores. En éste se establecieron los siguientes cupos para las personas provenientes de determinadas regiones o pertenecientes a los siguientes sectores sociales:

N° de cupos por facultad o programa	**Proveniencia regional o pertenencia a un sector social**
3	Estudiantes del sur de Bolívar

1	Estudiante de San Andrés y Providencia
1	Estudiante deportista
20% del cupo máximo	Estudiantes que fueran hijos, cónyuges o compañero de los profesores, empleados, ex profesores, ex empleados o pensionados de la Universidad

En atención al fallo de la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado que declaró la nulidad de los cupos especiales para los hijos y cónyuges de los profesores y empleados de la Universidad del Cauca (Expediente 3275, Consejero Ponente Libardo Rodríguez, sentencia del 9 de febrero de 1996), mediante el acuerdo 10 del 12 de junio de 1996 se suspendieron todos los cupos especiales, salvo el de los deportistas. Sin embargo, un largo paro de docentes y empleados de la Universidad condujo a que mediante el acuerdo 11 del 26 de agosto se derogara el acuerdo 10, recuperando su vigencia el acuerdo 3 de 1992.

Luego, mediante el acuerdo 20 de 1996 se crearon 50 cupos adicionales en toda la Universidad - 10 de ellos para los aspirantes a ingresar a la facultad de Medicina - para los estudiantes provenientes del sur-sur de Bolívar, excluyendo los provenientes de Mompós y Magangué. El rector expone que este último acuerdo fue resultado de las conversaciones sostenidas entre los campesinos concentrados en el Sur de Bolívar y los representantes gubernamentales y que se expidió "en apoyo al desarrollo social de esas comunidades", asoladas por graves problemas sociales y de orden público.

El rector adjuntó a su respuesta copia de los acuerdos mencionados. Igualmente, acompañó las copias de dos oficios suscritos por el jefe del centro de admisiones de la Universidad. El primer oficio va dirigido al actor de la presente tutela y tenía el objeto de informarle acerca de cuál había sido el procedimiento que había regido la distribución de los cupos de la Facultad de Medicina. El rector sostiene que este documento evidencia que "la asignación de los cupos fue en forma descendente y en estricto orden por el puesto ocupado". En el mencionado oficio se expresa:

"(....) Para su conocimiento le informo que los cupos normales el primer año de 1997 en la facultad de medicina es de (70) setenta, pero como el que ocupó el puesto (71) obtuvo el mismo puntaje, se admitieron los primeros (71) setenta y uno. Además los reglamentos de la Universidad de Cartagena (acuerdo 03 del 16 de julio de 1992) contemplan los siguientes cupos especiales:
A) El 20% de cupo para hijos de profesores, empleados y cónyuges, en este caso son (14) catorce.
B) Sur de Bolívar (3) tres cupos.
C) San Andrés y Providencia: un cupo
D) Deportista: un cupo
E) Reinsertado: un cupo

"Mediante acuerdo 20 del 22 de octubre de 1996, la Universidad de Cartagena otorgó diez (10) cupos especiales para la facultad de medicina y cinco (5) en cada una de las otras facultades para los aspirantes del sur sur de Bolívar.

"Lo anterior da un cupo total de (101) ciento uno, entre los normales y especiales. A este valor hay que agregarle aquellos a quienes por razones de prestación del servicio militar o fuerza mayor se les reservó el cupo y los que repiten el primer año.

"Como algunos de los cupos especiales no fueron llenados y algunos de los admitidos, los primeros (71) de la lista, no se matricularon estos cupos sobrantes se fueron adjudicando **en estricto orden de puesto**, de manera que al día de hoy se ha llegado hasta el puesto (85) ochenta y cinco.

"Como usted puede deducir apreciado señor HERNANDEZ, usted por ocupar el puesto 87 no ha sido admitido.

"Quiera Dios que en los siguientes días que restan del mes de febrero, algunos de los ya matriculados se vayan a prestar el servicio militar obligatorio y podamos continuar admitiendo en estricto orden de puesto a aquellos que están después del (85) ochenta y cinco, como sucedió en la facultad de odontología en donde en el día de ayer entraron los aspirantes de puestos 56, 57, 58 por las razones antes anotadas".

El segundo oficio fue dirigido al rector y tenía por fin informarle acerca de los aspirantes admitidos y matriculados en el primer año de la carrera de medicina:

"Fueron admitidos los estudiantes que ocuparon los puestos del uno (1) al setenta (70) pero como el que ocupó el puesto (70) tenía el mismo puntaje del (71), este último también fue admitido.
"De estos no se matricularon los correspondientes a los puestos:15, 25, 26, 30, 31, 40, 41, 43 y 48, los cuales fueron asignados a los aspirantes que ocuparon los siguientes puestos: 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 81 y 82.
"Los cupos especiales fueron asignados a los aspirantes que ocuparon los siguientes puestos:
"HIJOS DE PROFESORES/EMPLEADOS/CONYUGES: 334, 345, 366, 577, 597, 711, 724, 792, 807, 825, 907, 1019, 1023, quedando un cupo por asignar ya que son catorce (20% de 70).
"SUR DE BOLÍVAR: 99, 105 Y 170.
"DEPORTISTA: 133.
"SAN ANDRÉS:130
"SUR SUR DE BOLIVAR: 138, 201, 220, 277, 680, 858, 890, 949, 1006, 1035.

"De los especiales dejaron de matricularse:

"A) HIJOS DE PROFESOR/EMPLEADO/CONYUGES: Los correspondientes a los puestos: 597 y 724, que sumados al que quedó por asignar da un total de (3) tres cupos, los cuales se asignaron a los puestos : 83, 84 y 85.
"B) SUR SUR DE BOLÍVAR: Los correspondientes a los puestos: 138, 890 y 949. Estos cupos no se asignan a la lista normal por acuerdo del Consejo Académico.
"Los demás cupos que aparecen en el listado de matriculados en el primer año de

medicina, corresponden a los estudiantes a quienes les fue reservado el cupo el año anterior por fuerza mayor o por prestar el servicio militar obligatorio y aquellos que se encuentran repitiendo el primer año de Medicina".

3.2. El jefe de admisiones de la Universidad respondió al Tribunal que coadyuvaba el informe presentado por el rector de la Universidad. Asimismo, acompañó el listado de los resultados de los exámenes de admisión para Medicina y el de los alumnos matriculados en el Programa Académico de esta Facultad, para el primer semestre de 1997.

3.3. El 20 de febrero de 1997, el rector de la Universidad de Cartagena le manifiestó al Tribunal Administrativo de Bolívar que en el mismo Tribunal y en el Juzgado 4° Civil del Circuito de Cartagena "se encuentran tramitándose acciones de tutela, en donde tanto las pretensiones de los accionantes, la entidad entutelada, la defensa de la entidad son las mismas", razón por la cual solicita la acumulación de los procesos con el fin de evitar fallos contradictorios.

3.4. El día 26 de febrero, el actor radica un escrito en la Secretaría del Tribunal, en el que manifiesta que recurre a la tutela como un mecanismo transitorio "para evitar un perjuicio irremediable y grave que se materializa al ente universitario matricular 100 aspirantes inscritos, 26 de los cuales con puntajes inferiores al mío(...)".

4. El 27 de febrero de 1997, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar concedió la tutela interpuesta, por violación del derecho de igualdad.

En primer lugar, el Tribunal deniega la solicitud de acumular los procesos contra la Universidad porque "si bien es cierto que existen varias solicitudes de Tutela, también lo es que ellas no son acumulables bajo una misma cuerda, pues la Acción de Tutela no es un tipo de proceso en el que puedan aplicarse las normas señaladas en los Arts. 157 y s.s. del C. de P.C".

El juez de tutela reconoce, asimismo, que la solicitud del actor de que se declare "la nulidad de los acuerdos de la Junta Directiva y la Resolución de admitidos para cupos especiales (...) en el fondo, se trata de una solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho". Sin embargo, el Tribunal no se pronuncia sobre la procedencia o improcedencia de la acción de tutela, y entra directamente a analizar la constitucionalidad de cada uno de los privilegios otorgados por la Universidad, en materia de ingreso a la Facultad de Medicina, a ciertos sectores de la población:

a) Sobre la concesión de los 10 cupos especiales a los bachilleres del Sur Sur de Bolívar, a través el acuerdo 20 del 22 de octubre de 1996, expresa que esa medida se inserta dentro del plan de desarrollo para el sur de Bolívar, "por medio del cual se busca que gente marginada perteneciente a la región anterior puedan tener acceso a la educación superior (...). Es del dominio público la pobreza y la marginalidad de los campesinos de aquellas apartadas regiones del Departamento de Bolívar, y por estas poderosas razones, considera el Tribunal que el Acuerdo antes mencionado (...) lejos de ser violatorio del artículo 13 de la Constitución Política, se ajusta a la misma norma porque tele-

ológicamente su búsqueda es la igualdad real en favor de regiones marginadas y discriminadas de la patria".

b) El tratamiento especial otorgado a los bachilleres del Departamento de San Andrés es justificado de igual manera, por cuanto "puede considerarse que este territorio nacional siempre ha tenido un tratamiento especial por parte del Estado, no sólo por razones estratégicas, en la defensa de nuestra soberanía nacional, sino para incorporar a sus habitantes a nuestra cultura, defendiendo sus propios patrones culturales".

c) Respecto al cupo especial otorgado a los deportistas a través del acuerdo N° 9 del 12 de junio de 1996, emanado del Consejo Académico, sostiene el Tribunal que es constitucional por cuanto se ajusta al artículo 52 de la C.P., que consagra la "posibilidad de fomentar actividades deportivas, otorgando, como en el caso en estudio, privilegios para premiar a quienes se dediquen a la sana actividad del deporte".

d) Igualmente, encuentra conformes con la Constitución los cupos especiales para los bachilleres que prestan servicio militar porque a través de esta prerrogativa "se fomenta el ingreso a las fuerzas armadas, encargadas de proteger la seguridad y la soberanía nacional".

e) Sobre los cupos especiales para los reinsertados expresa que la Constitución señala en el preámbulo y en el artículo 2° que uno de los fines esenciales del Estado es asegurar la paz y que el artículo 22 establece que la paz es un derecho y un deber. A renglón seguido manifiesta que "si el Estado adopta algunos privilegios en favor de los grupos alzados en armas para ayudarles a reinsertarse a la sociedad, es obvio que esta medida por sí sola no podría ser considerada como violatoria del principio de igualdad, pues con ello se adoptan medidas en favor de grupos marginados de la sociedad con el objeto de fomentar su reinserción".

f) Finalmente, en relación con los cupos especiales otorgados a los hijos, cónyuge y compañero (a) de los profesores, empleados y jubilados de la Universidad de Cartagena, y de los antiguos profesores y empleados de la misma, el Tribunal considera que con base en la sentencia citada del Consejo de Estado y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, "los cupos especiales otorgados a personas en razón de su origen familiar, son contrarios a la igualdad consagrada en el artículo 13 C.P., ya que esta norma ordena en forma perentoria, dar la misma protección y trato a todas las personas, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional, **familiar...**".

En consecuencia, el Tribunal ordena inaplicar los acuerdos N° 03 de julio de 1992 y N° 11 del 26 de agosto de 1996 para el caso concreto que se debatía con la acción de tutela. La inaplicación del acuerdo 03 se restringe al punto en que "crea un cupo adicional de un 20% para los hijos de docentes, exprofesores, exempleados de la de Cartagena". La del acuerdo 11 se refiere únicamente a la puesta nuevamente en vigencia de la medida ya criticada del acuerdo 03.

El Tribunal se abstiene de ordenar directamente el ingreso del actor al primer año de

Medicina por cuanto desconoce los puntajes individuales y el mecanismo aplicado por la Universidad para otorgar los cupos; sin embargo, ordena a la Universidad tomar las siguientes medidas:

"a) Exclúyanse las personas matriculadas en el primer año de la Facultad de Medicina este año de 1997, que lo hicieron en su condición de hijos de profesores, cónyuges, hijos de empleados, ex empleados y jubilados de la Universidad de Cartagena.
"b) Ordénase a la Universidad de Cartagena, Departamento de Admisiones, teniendo en cuenta los puntajes obtenidos por los aspirantes a ingresar a la Facultad de Medicina, adjudicar los cupos según el orden que resulte de los exámenes y de la evaluación.
"c) Señálase el término de cinco (5) días hábiles para el cumplimiento e esta orden perentoria".

5. El 5 de marzo de 1997, en cumplimiento de la orden impartida por el Tribunal, el rector de la Universidad de Cartagena expidió la resolución 0390 por medio de la cual dispone excluir de la Universidad a los 11 estudiantes que habían sido matriculados en la facultad de Medicina para el año 1997 en razón de su condición de hijos, cónyuge o compañero (a) de los profesores, empleados, ex profesores, ex empleados y jubilados de esta Universidad. Al mismo tiempo, dispuso que los cupos liberados por los anteriores estudiantes fueran adjudicados, según orden de puntaje decreciente, a los aspirantes cuyos resultados estaban más cercanos del último candidato admitido dentro del procedimiento normal.

6. El mismo día en que expidió la mencionada resolución 0390, el rector impugnó el fallo del Tribunal.

En su solicitud, reitera que el mecanismo procedente para obtener la nulidad de los acuerdos del Consejo Académico que crean los cupos especiales es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Para respaldar su afirmación, acompaña la copia de una sentencia de tutela de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, del 27 de febrero de 1997, en la que la mencionada Sala había denegado una petición de amparo instaurada contra la Universidad de Cartagena por los mismos motivos que fundan la presente acción. Señala que en esa ocasión, el Tribunal Superior de Cartagena sostuvo que la solicitud de nulidad y revocatoria de los actos de la relacionados con los cupos especiales no procedía a través del mecanismo de la tutela sino mediante las acciones contencioso administrativas.

Con respecto a la sentencia del Consejo de Estado a la que se alude en el fallo de tutela, el rector expresa que si bien es cierto que el órgano supremo de la jurisdicción contencioso administrativa decidió en la mencionada sentencia declarar la nulidad de los acuerdos de la Universidad del Cauca en los que se sustentaban los privilegios en materia de ingreso a la Universidad para los hijos y cónyuges de los profesores y empleados de ella, también ha de observarse que su decisión fue tomada en el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no a raíz de una acción de tutela. Para el rector es

claro "que tanto las normas y la jurisprudencia establecen que la vía jurídica para demandar y declarar nulos los "Cupos Especiales" en las Universidades Públicas son las acciones públicas de nulidad, consagradas en el Código Contencioso Administrativo; y no la Acción de Tutela (...)".

De otro lado, considera el impugnante que la orden del Tribunal de excluir a los estudiantes admitidos para el primer año de la Facultad de Medicina, en 1997, con base en su condición de hijos, cónyuge o compañero (a) de los profesores, empleados, ex profesores, ex empleados y jubilados de la Universidad de Cartagena infringe el derecho de defensa de esas personas y, por consiguiente, adolece de nulidad. Sostiene que el Tribunal, para evitar la violación del derecho al debido proceso de los estudiantes que posiblemente iban a ser afectados por la sentencia, debió conformar antes de proferir la providencia un litisconsorcio necesario, de forma tal que los aludidos estudiantes hubieran tenido la oportunidad de manifestarse en torno a la demanda de tutela.

Igualmente, el rector asevera que la sentencia es incongruente. Fundamenta su afirmación en tres razones: 1) porque en la providencia no se analizó de ninguna manera la solicitud de que se declarara que la petición de tutela era improcedente en razón de la existencia de otros medios de defensa judicial; 2) porque a pesar de que el actor de la tutela no pidió en ningún momento la exclusión de los estudiantes que fueron recibidos por su condición de hijos, cónyuge o compañero (a) de los docentes, empleados, ex docentes, ex empleados y jubilados de la Universidad, el Tribunal decidió ordenar su retiro de la Universidad; y 3) porque los estudiantes que fueron excluidos de la Universidad ya tenían consolidado su derecho a permanecer en ella, de acuerdo con la normas que rigen el Alma Mater. Sobre este último punto expresa : "los estudiantes que ingresaron y se matricularon para 1997 en la Facultad de Medicina en calidad de hijos de docentes, cónyuges, empleados, ex empleados y jubilados de esta Institución ya tenían consolidado su derecho de conformidad a una normatividad vigente en la Universidad de Cartagena, por ello, mi insistencia de que el fallo no debió ser retroactivo sino que la anulación de estos 'cupos especiales' fuera hacia el futuro".

El impugnante expone también que los cupos especiales para los hijos y cónyuges de los docentes y los empleados, y de los ex empleados y jubilados, de la Universidad fueron establecidos a través del acuerdo 20 del 31 de agosto de 1977. Pero, además, señala que los cupos que hacen referencia a los hijos de los trabajadores oficiales de la Universidad se fundamentan en la convención colectiva acordada entre la Universidad y el sindicato en el año de 1978. Por eso concluye "que el fallo impugnado infringe los principios constitucionales establecidos en los artículos 53 y 55, especialmente este último; desconoce y contraría a la Convención citada y acaba de un tajo con la teoría de los derechos adquiridos a los 'cupos especiales' que por Convención lograron los trabajadores citados al amparo de las leyes laborales". Sobre el carácter de los cupos especiales sostiene:

> "No puede interpretarse a los 'cupos especiales' para docentes, cónyuges, hijos de docentes, empleados, etc. como unos privilegios. Nos parece que en lugar de un privilegio es un justo reconocimiento a todos los funcionarios (docentes, administrativos y trabajadores) de la Universidad. Ellos con su fuerza laboral su lucha han

alcanzado este derecho, en razón de ello, antes que un privilegio es un incentivo a la clase trabajadora vinculada a la Institución. Si indagan encontrarán que en otras empresas estatales se encuentran derechos a favor de los trabajadores tales como ser remplazados por sus hijos al momento de jubilarse, se les exonera parcialmente del pago de algunos servicios que presta la misma empresa. Eso no es ningún privilegio ni ninguna desigualdad. Son logros de los trabajadores".

Finalmente, el rector asevera que el Tribunal desconoció la autonomía de la Universidad de Cartagena al señalar que los cupos especiales para los hijos y cónyuges de los empleados y ex empleados de la Universidad, que quedaban vacantes como consecuencia de la sentencia del Tribunal, debían ser distribuidos entre todos los aspirantes a ingresar al Alma Mater, de acuerdo con el puntaje obtenido. Con esa resolución, el Tribunal incursionó en el campo de la atribución del Consejo Académico de fijar el número de cupos para cada programa o facultad. En efecto, este Consejo había establecido, mediante la resolución 47 del 13 de septiembre de 1995, que los cupos ordinarios serían 70, y con la resolución del Tribunal se había aumentado en 14 ese número. Dice así el impugnante:

"(...) el Tribunal, mediante el fallo impugnado, aumenta los "Cupos Ordinarios" al sumarle el 20% de los "Cupos Especiales" en su condición de Docente, empleados, ex empleados, jubilados etc. Esto es, que en el caso de la Facultad de Medicina creó un total de 84 "Cupos Ordinarios", lo cual es abiertamente contrario a la Carta Magna y la ley en virtud de la Autonomía Universitaria, debido a que, en pocas palabras, el Juez A quo esta legislando, tácitamente desconociendo las órbitas de competencias de los organismos universitarios como son el Consejo Superior y el Académico.

"En nuestro criterio el Juez A-quo se extralimitó al adjudicar esos "Cupos Especiales" por ser hijo de docente, cónyuges, empleados, ex empleados y jubilados de la Universidad como si se tratara de "Cupos Ordinarios", es decir, que el juez A quo debió limitarse únicamente a anular los Cupos Especiales citados por ser contrarios al derecho de igualdad consagrado en la Ley de Leyes por que al momento de anularlos dejan de existir jurídicamente, ya que estos "Cupos Especiales" son adicionales, quedando vigente únicamente los ordinarios que, como lo dije anteriormente, para Medicina son un total de 70".

Para terminar, el rector de la Universidad le solicita al Consejo de Estado que revoque el fallo del Tribunal y que, en consecuencia, ordene reintegrar a los estudiantes excluidos de la Universidad y retirar de la misma a los que habían sido admitidos en sustitución de los anteriores.

7. El 13 de marzo de 1997, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la providencia del Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar, rechazó la petición de tutela por improcedente.

Para la Sección, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener la nulidad

de los Acuerdos de la Junta Directiva y de la Resolución de admitidos para cupos especiales en el primer (1) semestre de la Facultad de Medicina, pues "el accionante goza de otro medio de defensa judicial ante las autoridades de lo Contencioso Administrativo, para que mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se satisfagan sus pretensiones".

La Sección recuerda, además, que las instituciones de educación superior "gozan de autonomía para seleccionar a sus alumnos, para expulsarlos y sancionarlos de acuerdo a sus propias normas y no puede la acción de tutela desconocer tal autonomía, obligando a la Universidad de Cartagena a admitir o inadmitir a determinadas personas".

8. El 22 de julio de 1997, en oficio enviado a la Secretaría de esta Corporación, el rector de la Universidad de Cartagena respondió a un cuestionario que le fue formulado por el Magistrado Ponente.

El rector expresa que en la actualidad existen cupos especiales para el ingreso a la Facultad de Medicina, y a la Universidad en general, para los siguientes grupos:

"a) Cupos para hijos, cónyuges o compañero (a) de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad de Cartagena.
b) Cupos para los provenientes del Sur de Bolívar
c) Cupos para los provenientes del Sur-Sur de Bolívar.
d) Cupos para los deportistas.
e) Cupos para reinsertados".

Actualmente, los mencionados cupos especiales se encuentran contemplados y reglamentados en el acuerdo N° 06 de 1997, expedido por el Consejo Académico de la Universidad. Sin embargo, esta modalidad de ingreso a la Universidad existe desde el año de 1977 y ha sido consagrada en diversos acuerdos de los Consejos Directivo y Académico, derogados todos por el acuerdo 06 de 1997.

Manifiesta el rector que "los cupos especiales no le quitan oportunidad ni cupo a ningún aspirante, ya que éstos se otorgan una vez se asignan los cupos establecidos por el Consejo Académico para cada facultad y/o programa". Al respecto recuerda que la Corte Constitucional declaró infundadas las objeciones presidenciales hechas al proyecto de ley sobre estímulos a los votantes, mediante el cual se consagraba, entre otros incentivos, "el derecho a ingresar prioritariamente a las universidades públicas sobre las personas que hayan obtenido el mínimo puntaje de calificación y en caso de empate (...). De tal manera, que el máximo tribunal constitucional admite entonces que sí se pueden establecer mecanismos o normas para tener cierta prioridad en el ingreso a las universidades a un sector de la población".

La selección de los postulantes a cupos ordinarios y a cupos especiales de ingreso a la Universidad se realiza "en estricto orden decreciente de puntaje". Por eso, todos los aspirantes deben presentar el examen de estado ante el ICFES y el examen de admisión que realiza la Universidad. En el caso de que los cupos especiales no sean cubiertos completa-

mente por los aspirantes que se presentaron a la Universidad por esa vía, los puestos restantes se distribuyen entre los postulantes por la vía ordinaria, de acuerdo con los resultados obtenidos en los exámenes.

A continuación, el representante legal de la Universidad de Cartagena procedió a justificar la existencia de cada uno de los programas especiales de ingreso a la Universidad a los que se hizo referencia:

a) Cupos otorgados a los hijos, cónyuge o compañero (a) permanente de los docentes, empleados, ex-empleados, ex-docentes y jubilados de la Universidad. Manifiesta el rector que estos cupos especiales tienen su origen en el artículo 11 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1978. En aquella época, todos los servidores de la Universidad tenían el carácter de trabajadores oficiales, salvo las directivas universitarias. Y si bien la mayoría de ellos pasó a ostentar la calidad de empleado público mediante el Decreto 80 de 1980, el artículo 130 del mismo decreto "previó que el cambio de naturaleza jurídica no afectaba las situaciones creadas conforme a derecho y es así como las obligaciones contraídas en aquella Convención, aún están vigentes, porque así lo disponen las convenciones que se vienen suscribiendo año tras año, y se aplica a aquellas personas que aún conservan el vínculo con la institución".

Sostiene que el mismo Legislador dispuso, en el artículo 186 de la Ley 115 de 1994, la existencia de cupos especiales en favor de las personas vinculadas al sector educativo, como docentes o personal administrativo.

b) Cupos para estudiantes provenientes del Sur de Bolívar. Estos cupos se reservan para bachilleres provenientes de las ciudades de Mompós y Magangué. Sobre estos cupos expresa el rector:

> "Los cupos especiales para el Sur de Bolívar están fundamentados en el hecho de que es la única universidad pública con que cuenta el Departamento de Bolívar y de mayor estabilidad académica de la Región Atlántica. De tal manera que muchos aspirantes de otros departamentos ingresaban dejando por fuera a estudiantes nativos de Bolívar y posteriormente se radicarían en sus regiones.
>
> "El departamento de Bolívar asigna unos aportes a la Universidad y es un compromiso de esta Alma Mater realizar las contraprestaciones del caso y proporcionarle a los habitantes de esos municipios que hacen parte del departamento la facilidad en el ingreso a la educación superior".

c) Cupos para estudiantes provenientes del Sur-Sur de Bolívar. Estos cupos fueron creados mediante el acuerdo 06 de 1997, producto de la negociación realizada entre los campesinos marchistas del sur de Bolívar y los gobiernos nacional y departamental, en 1996. De este tratamiento preferencial se benefician los bachilleres provenientes de los municipios de Achí, San Pablo, San Martín de Loba, Simití, Morales, Barranco de Loba, Margarita, San Fernando, Pinillos, Tiquisio, Altos del Rosario, Cantagallo, Hatillo de Loba, Santa Rosa del Sur, El Peñon, San Cristóbal, Regidor, San Jacinto del Cauca, Río

Viejo y Cicuco. El rector argumenta que el fundamento de estos cupos especiales es el siguiente:

"Los municipios que forman parte del Sur de Bolívar son zonas muy distantes de esta capital, con una precaria infraestructura de servicios públicos, salud, educación y carencia de vías. Por la situación geográfica y las deficiencias anotadas, quizás para que fueran escuchados por el Gobierno se originaron en esa zona unas marchas y concentraciones campesinas que de una u otra manera afectaron el orden público y social de la región. Los marchistas presentaron una serie de peticiones dentro de las cuales se encontraban, entre otras aspiraciones, la del acceso de sus nativos a la educación superior. Fueron escuchados y de los diálogos adelantados con el Gobierno Nacional y el departamental, se suscribió un acuerdo con los mismos y allí se comprometieron a otorgarles cincuenta (50) cupos en los diferentes programas o facultades de esta institución....

"Como puede observar, el sustento de éstos obedece a problemas sociales y de orden público. Es de mucha importancia para el Estado propiciarles unas mejores oportunidades para los habitantes de esa zona para que salgan del abandono en que están sumidos por el mismo Estado. En razón de lo anterior se crearon dichos cupos".

d) Cupo especial para deportistas. Este cupo se fundamenta "en el artículo 52 de la Constitución Política, que consagra la posibilidad de fomentar las actividades deportivas, otorgando privilegio como es un cupo a quienes se dediquen y sobresalgan en ellas".

e) Cupo para reinsertados. Este privilegio para el ingreso a la Universidad responde a los acuerdos de paz suscritos por el Gobierno Nacional con los movimientos armados EPL y PRT, en los cuales se trató acerca de la necesidad de crear programas para la reinserción de los miembros de esos grupos a la vida civil, política y democrática del país: "dentro de esos acuerdos hace parte el Programa de Educación para la Paz, coordinado por la Universidad Pedagógica Nacional, al cual se vincularon varias universidades nacionales y regionales. En consecuencia, la Universidad a mi cargo tenía que vincularse a este tipo de programas y se expidió el acuerdo 06 del 23 de febrero de 1993 del Consejo Superior". El fundamento de este cupo radica entonces en el interés del Estado en facilitar la reincorporación a la vida civil de los antiguos guerrilleros, a través de programas como el de educación para la paz, o de privilegios como la circunscripción electoral especial para el Congreso de la República.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. El actor considera que la Universidad de Cartagena vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad y a la educación, puesto que a pesar de los resultados que obtuvo en los exámenes de admisión no se le asignó ninguna plaza para el estudio de la carrera de Medicina, mientras que a otros postulantes que obtuvieron puntajes más bajos que el suyo, sí se los recibió en esa Facultad, a través del procedimiento de los cupos especiales.

2. El rector de la Universidad de Cartagena expone que el actor cuenta con otros mecanismos judiciales para impugnar la figura de los cupos especiales. Expresa, además, que el principio constitucional de la autonomía universitaria autoriza a las universidades a instituir mecanismos especiales para el ingreso a ellas y que existen razones objetivas que justifican la existencia de cada uno de los distintos cupos especiales.

3. El Tribunal Administrativo de Bolívar concedió la tutela solicitada. Después de realizar un examen de cada uno de los cupos especiales llega a la conclusión de que todos se ajustan a la Constitución, salvo el relacionado con los hijos, cónyuges o compañeros de los profesores, empleados, ex profesores, ex empleados y jubilados de la Universidad, por cuanto este cupo especial introducía una discriminación en razón del origen familiar. El Tribunal ordenó que se excluyera de la Universidad a los estudiantes que lograron su admisión a través de ese mecanismo y que las plazas liberadas fueran ocupadas por los postulantes que habían obtenido los mejores puntajes en los exámenes de admisión.

4. La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado revocó la sentencia del Tribunal y rechazó la tutela impetrada, por improcedente. Considera la Sala que la acción indicada para impugnar los acuerdos de la Junta Directiva de la Universidad y la resolución de admitidos para cupos especiales era la de nulidad y restablecimiento del derecho, que se impetra ante la jurisdicción contencioso administrativa. Además, señala que la Universidad goza de autonomía para seleccionar, sancionar o expulsar a sus alumnos y que no se puede intentar desconocer esa autonomía a través del mecanismo de la tutela.

Problema jurídico

5. Se trata de establecer si la instauración de cupos o mecanismos especiales para el ingreso a la universidad, en favor de determinados grupos sociales, constituye una violación a los derechos de igualdad y a la educación de los todos los colombianos.

Procedencia de la tutela

6. El rector de la Universidad de Cartagena sostiene que la tutela no es el medio judicial apropiado para impugnar los cupos especiales, puesto que esos cupos fueron instaurados mediante actos administrativos de la Universidad y, por lo tanto, son susceptibles de ser atacados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Esta posición fue también asumida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, la cual revocó la decisión de primera instancia y rechazó la acción por improcedente.

Sin duda alguna, los acuerdos de la Universidad de Cartagena que establecen los cupos especiales - es decir mecanismos particulares para favorecer el acceso de bachilleres pertenecientes a determinados grupos sociales a la Universidad - pueden ser demandados ante los tribunales administrativos, por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Es más, como se menciona en varias ocasiones en el expediente, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providen-

cia del 9 de febrero de 1996, con ponencia del magistrado Libardo Rodríguez, ya se pronunció sobre un asunto similar en el que se demandaba a la Universidad del Cauca.

Mas la existencia de otro mecanismo judicial sólo imposibilita el recurso a la acción de tutela cuando ese instrumento se demuestra como eficaz. La eficacia del recurso ordinario no se determina de manera general sino en relación con el caso concreto bajo análisis.

El asunto que se debate en el presente proceso refiérese a los mecanismos de ingreso a la universidad. Como es conocido, el grado de educación académica de las personas tiene importantes consecuencias tanto en el desarrollo global de una sociedad como en el futuro laboral de las personas. La posibilidad de realizar estudios universitarios le significa a los individuos el acceso a uno de los mecanismos de movilidad social más efectivos. No cabe duda de que el hecho de contar con estudios superiores puede marcar definitivamente el rumbo de la vida de muchas personas. De allí la impresionante competencia por los escasos cupos disponibles en las universidades oficiales del país.

El bachiller recién egresado se encuentra en el trance de elegir rápidamente entre distintas opciones acerca de cómo moldear su vida futura. Una de ellas es la de intentar ingresar a la universidad. Sin embargo, esta es una opción que está abierta por un lapso muy breve. Las presiones de los allegados, la adquisición de responsabilidades familiares propias, la necesidad de generar ingresos por sí mismos y el alejamiento de las actividades académicas, entre otros factores, hacen que tras un corto tiempo se desvanezca en la práctica, para muchas personas, la posibilidad de ingresar a un centro de estudios superiores. Es decir, el mero transcurso del tiempo facilita el surgimiento de barreras, invencibles para muchas personas, que marchitan la aspiración de realizar estudios superiores.

La situación descrita evidencia la importancia del factor tiempo para la realización del sueño de ingresar a la universidad. Ante este hecho y en vista del trámite prolongado que exigiría el mecanismo judicial ordinario, sólo puede concluirse que éste se demuestra en este caso como ineficaz, por cuanto la duración del proceso que inicia compromete seriamente las aspiraciones del demandante de absolver los estudios universitarios. Por lo tanto, y con miras a impedir un perjuicio irremediable para el actor, debe declararse que la demanda de tutela sí es procedente en este caso.

La autonomía universitaria y el criterio de ingreso a la universidad

7. El rector de la Universidad de Cartagena manifiesta que las universidades gozan de la potestad de decidir autónomamente acerca de los procedimientos para la admisión de sus alumnos. Fundamenta su aseveración en el inciso 1 del artículo 69 de la Constitución, el cual reza: "Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley". Precisa que esta disposición constitucional fue desarrollada por los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, los cuales son del siguiente tenor:

"Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de

Colombia y de conformidad con la presente Ley, reconoce a las universidades el derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional".

"Artículo 29-. La autonomía de las instituciones universitarias o escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:
(...)
e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos
f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes...".

Como se puede observar, la Ley autoriza a las instituciones de educación superior a fijar los procedimientos para la admisión de sus alumnos. Pero, ¿significa lo anterior que las mencionadas instituciones pueden optar por cualquier tipo de procedimiento, independientemente de si éste se ajusta o no a la Constitución?.

8. Ciertamente, la Constitución consagra la autonomía universitaria[1]. Sin embargo, el hecho de que las instituciones de educación superior gocen de autonomía no significa que ellas tengan una absoluta libertad para dictar las normas que han de regir su funcionamiento. Todas las entidades públicas, sea cual fuere su *status*, están vinculadas por los mandatos constitucionales (CP art. 4). Incluso las que surgen del voto ciudadano, las cuales, de acuerdo con la teoría política, representan la voluntad popular. Por lo tanto, el ejercicio de la autonomía de la universidades no puede contravenir en ningún caso los principios y los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Al respecto bien vale la pena citar lo expresado por esta Corporación, en su sentencia T-180 de 1996:

"En un Estado social y democrático de derecho, la legitimidad del ejercicio de los poderes constitucionalmente reconocidos, incluyendo aquel que se deriva de la autonomía universitaria, se funda en el respeto a los valores, principios y derechos que integran el ordenamiento jurídico, y se garantiza otorgando a las personas los recursos necesarios para que los actos susceptibles de transgredirlos puedan ser fiscalizados por autoridades independientes.

"Los altísimos fines que persigue la autonomía universitaria no pueden servir de excusa a los centros docentes para que, prevalidos de esa valiosa garantía institucional, vulneren los principios y derechos en los que se apoya el ordenamiento jurídico. De igual manera, no puede predicarse como correlato de la garantía institucional

1 Sobre la autonomía universitaria existen ya numerosas sentencias de esta Corporación: A este respecto, cabe citar, entre otras, las siguientes: T-492 de 1992, T-425 de 1993, T-574 de 1993, C-574 de 1994, T-180 de 1996, T-196 de 1996, C-220 de 1997.

consagrada en el artículo 69 de la Carta, la inmunidad judicial de los actos de las Universidades que sean susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de sus estudiantes. Sin embargo, la intervención del juez debe limitarse a la protección de los derechos contra actuaciones ilegítimas, sin que le esté dado inmiscuirse en el ámbito propio de libertad de la Universidad para fijar sus políticas académicas e investigativas"[2].

9. El rector sostiene que "los cupos especiales no le quitan oportunidad ni cupo a ningún aspirante, ya que éstos se otorgan una vez se asignan los cupos establecidos por el Consejo Académico para cada facultad y/o programa". Se parte entonces de la base de que la universidad debe responder públicamente sólo por los procedimientos para la distribución de los cupos ordinarios, mientras que tendría amplia discreción para decidir cómo se adjudican los cupos adicionales. El punto de partida de la afirmación es equivocado: todos los cupos de estudio de las universidades oficiales constituyen bienes públicos y, por lo tanto, deben ceñirse al mismo escrutinio por parte de los ciudadanos y de los organismos jurisdiccionales.

En consecuencia, en el caso concreto de las admisiones para la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena no se puede argüir que el número de plazas de estudio era de 70, pues en realidad la Universidad estaba ofreciendo 100 cupos. Las autoridades universitarias pueden decidir, en el marco de su autonomía, cuál es el número de cupos que ofrecerán para cada uno de sus programas. Sin embargo, una vez establecido ese número de plazas, su distribución deberá realizarse siguiendo criterios válidos desde la perspectiva de los principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

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 de 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 acuer-

---

2 La Corte ya se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre este asunto. Ver, entre otras, las sentencias T-187 de 1993, T-02 de 1994, T-515 de 1995 y C-337 de 1996.

3 Ver, entre otras, las sentencias T-499 de 1995 y C-423 de 1997.

do 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, 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.

Posteriormente, en la sentencia C-210 de 1997, MP Carmenza Isaza de Gómez, se declaró la inexequibilidad del artículo 186 de la Ley 115 de 1994 - Ley General de Educación-, que prescribía que "los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal y de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional muertos en servicio activo, tendrán prioridad para el ingreso y estudio gratuito en los establecimientos educativos estatales de educación básica, media y superior". En el fallo se reiteró lo expresado en la aludida sentencia C-022 de 1996 y se declaró que el privilegio que se consagraba en el artículo 186 vulneraba el derecho de igualdad, por cuanto desconocía al mérito académico como criterio esencial para la asignación de cupos de estudio en los centros de educación estatales y, por consiguiente, desplazaba a aspirantes que contaban con suficientes méritos personales para ingresar a esos establecimientos educativos.

12. Pero, ¿significa lo anterior que el único criterio válido para distribuir los cupos en la universidad es el del merecimiento? Es decir, ¿se puede entonces concluir que todas las plazas de estudio de los centros oficiales de educación superior deben ser asignadas de acuerdo con los resultados académicos? Al respecto es importante introducir una diferenciación. Evidentemente, el criterio esencial de asignación de los cupos sí debe ser el mérito académico. Es decir, este es el parámetro que debe regir el proceso general de distribución de estos bienes escasos. Sin embargo, es aceptable que las universidades utilicen otros criterios que flanqueen el parámetro básico de adjudicación de los cupos, cuando, por ejemplo, se persigue contrarrestar las condiciones desiguales con las que arriban a los exámenes de admisión los distintos aspirantes a ingresar a la universidad, o se procura dar cumplimiento a los fines de la institución universitaria.

Con todo, estos criterios adicionales no pueden desvirtuar el procedimiento general de otorgamiento de los cupos y deben tener en cuenta el merecimiento académico. Ello signi-

fica, por una parte, que el número de plazas de estudio por asignar de acuerdo con estos criterios será reducido con respecto al total de los cupos. Y, por la otra, que en el procedimiento de admisión de alumnos a través de estos criterios se debe tener en cuenta la capacidad académica de los aspirantes. Esto por cuanto la universidad ha de velar por que todos sus estudiantes estén en condiciones de terminar exitosamente sus estudios profesionales.

Debe aclararse, además, que el trato especial que se deriva de los criterios adicionales - para facilitar el ingreso a la universidad de personas pertenecientes a determinados grupos sociales - se restringe únicamente al momento de la admisión. A partir de ese instante, todos los alumnos habrán de ser sometidos a las mismas condiciones. Así lo exigen el derecho de igualdad y el interés del Estado y de la comunidad de contar con profesionales competentes. De allí que resulte de gran importancia garantizar que los estudiantes admitidos a través de las vías especiales reúnan las condiciones académicas mínimas para poder realizar satisfactoriamente sus estudios.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que las universidades organicen procesos de estímulo y nivelación para estos estudiantes, con el objeto de facilitarles su integración a las actividades académicas. Bien por el contrario, la puesta en práctica de medidas de este tipo garantiza el buen éxito de los programas que desarrolla la universidad a partir del establecimiento de los criterios adicionales. En este aspecto, la universidad está llamada a diseñar fórmulas y mecanismos que faciliten la incorporación a la vida universitaria de los alumnos admitidos a través de los mecanismos especiales.

13. Los exámenes de admisión y las pruebas de Estado intentan establecer la capacidad académica de los postulantes. Si bien es posible preguntarse si ellos constituyen el procedimiento más adecuado para indagar acerca de las aptitudes de los examinados, lo cierto es que las pruebas constituyen un instrumento neutro que permite establecer de alguna manera los conocimientos y condiciones de los aspirantes. Es decir, a pesar de los cuestionamientos que se pueden realizar a los exámenes, ellos conforman un medio legítimo de diferenciación entre los aspirantes, con miras a distribuir los cupos universitarios de acuerdo con criterios objetivos.

Cuando se habla de instrumento neutro se significa que todas las personas que se someten a las pruebas se encuentran en igualdad de condiciones: en efecto, todas desconocen el contenido de las pruebas, todas deben absolver el mismo examen, todas tienen el mismo tiempo para resolver las preguntas, todas están sujetas a las mismas condiciones, etc. Por eso, se puede afirmar que los exámenes de admisión constituyen momentos de igualación de los individuos. Mas el hecho de que los exámenes sean realizados en igualdad de condiciones no significa que todos los aspirantes gocen de las mismas oportunidades. Dadas las desigualdades existentes en punto a la calidad de la educación primaria y secundaria que se brinda en el país, se puede afirmar sin lugar a dudas que muchos escolares procedentes de zonas rurales pobres tienen apenas opciones de realizar un buen examen de admisión. A pesar de que las condiciones del examen tienden a crear un ambiente de igualdad, ellas no son suficientes para oponerse a la notoria desigualdad con que llegan los aspirantes al sitio de realización de las pruebas.

La "desigualdad de origen" que traen consigo los examinados no conforma un argumento suficiente para desvirtuar el valor de las pruebas de admisión. Las universidades cuentan con escasos recursos y es legítimo que se apliquen a la formación de los aspirantes que obtienen las mejores calificaciones en los exámenes. Sin embargo, la "desigualdad de origen" sí puede ser un argumento suficiente para que se brinde un tratamiento especial, en punto a la admisión en la universidad, a aquellos aspirantes que provienen de lugares con deficiencias en la prestación de la educación básica, a consecuencia del estado de atraso socioeconómico de sus sitios de proveniencia. La consideración especial con estos aspirantes sería una forma de materializar el precepto constitucional que establece que "el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados" (C.P. art. 13).

14. Los centros de educación superior cumplen distintas funciones en la sociedad. Una de ellas, actualmente la de mayor importancia, es la de formar los profesionales que habrán de atender las necesidades de la comunidad, con sus conocimientos especiales. Mas las tareas de la universidad no se reducen únicamente a la formación de profesionales. La Academia se orienta también al cumplimiento de otros fines, tales como el fomento de la cultura, la ciencia y la investigación; la promoción de valores caros a una sociedad democrática, pluralista y multicultural; el análisis de la sociedad en la que se inserta y la proposición de proyectos tendentes a solucionar las dificultades que se observan; el fortalecimiento de la unidad nacional y de la autonomía territorial; la incorporación del estudiante a la realidad del país y el impulso a la voluntad de servicio de los jóvenes; etc.

La consecución de estos objetivos puede hacer admisible desde el punto de vista constitucional que para eventos muy específicos se consideren otros criterios de acceso a la universidad, que acompañen al del mérito académico. Con todo, como ya se ha señalado, la suma de todos los criterios excepcionales no puede alterar el criterio básico de ingreso a la educación superior. Igualmente, los criterios adicionales deben tener siempre en cuenta el merecimiento, por cuanto si bien pueden existir situaciones que validen el recurso a estos otros criterios, al hacerlo debe también tenerse siempre presente que el fin básico de la universidad es la formación de profesionales y que, entonces, solamente aquellos que pueden demostrar condiciones mínimas para llegar a serlo tienen derecho al ingreso al centro de estudios.

15. Establecido como está que el criterio básico para acceder a la universidad es el del mérito académico y que este criterio puede ser flanqueado, en ocasiones, por otros criterios que persiguen objetivos específicos, cabe ahora pasar al examen concreto de cada uno de los cupos especiales existentes para el ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena. El análisis se restringirá a los mecanismos especiales de ingreso que, de acuerdo con el informe suministrado por el rector de la Universidad de Cartagena, están vigentes actualmente para la referida Facultad. Esto significa que algunos cupos especiales que son mencionados dentro del expediente, pero, según el mismo rector, no rigen en el momento, no serán objeto de examen.

16. Resta por señalar que ya en una ocasión conoció la Corte de un proceso relacionado con la institución de los cupos especiales para el ingreso a la universidad. En aquella vez se

trataba de cupos especiales para el ingreso a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Nariño. Sin embargo, en la sentencia que desató el proceso - la T-002 de 1994, MP José Gregorio Hernández Galindo -, la Corte no tuvo necesidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad misma de los mencionados cupos, puesto que el caso que se debatía se refería expresamente al hecho de que algunos cupos ordinarios se habían entregado a aspirantes que competían por plazas especiales. Es decir, en aquella oportunidad se trataba de una evidente irregularidad en la aplicación del sistema, puesto que se habían mezclado las distintas vías de acceso a la Universidad. Así, para la resolución del problema jurídico no era necesario entrar a definir la constitucionalidad de los cupos especiales.

La situación en este caso es diferente: el actor no fue excluido de la Universidad en razón de una deficiente aplicación del sistema de los cupos, sino porque no alcanzó el puntaje necesario para ser admitido en la Universidad de Cartagena por el procedimiento ordinario. Por eso, lo que el demandante acusa es la existencia misma de los cupos especiales, institución que posibilitó que bachilleres que obtuvieron resultados inferiores al suyo en los exámenes de admisión ingresaran a la Universidad. Lo anterior hace imperioso ocuparse del problema de los cupos especiales, tal como se hace a continuación.

Los cupos especiales para los hijos y el cónyuge o compañero (a) permanente de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad

17. En los artículos iniciales del acuerdo N° 06 de 1997 se contempla que existirá un cupo especial para los hijos y el cónyuge o compañero (a) permanente de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad, que no podrá superar el 20% del cupo ordinario establecido para cada Facultad. Como se ha manifestado, el número de plazas de la facultad de Medicina era de 70, cifra de la que se deriva que este cupo especial adicional no puede ser superior a 14 puestos.

El rector de la Universidad expresa que este mecanismo de ingreso especial al centro educativo fue consagrado mediante la Convención Colectiva del Trabajo del año 1978. Por ese hecho, la administración de la Universidad considera estar obligada a conservar estos cupos, por recaer sobre derechos adquiridos, en cumplimiento de los establecido en los artículos 53 y 58 de la Carta. Estima, además, que los cupos especiales son un justo reconocimiento, un incentivo, a la labor de los funcionarios de la entidad, que contribuyen con su trabajo cotidiano a su buen funcionamiento. Al respecto, aclara que en otras instituciones estatales se predican derechos similares en favor de los trabajadores, en cuya virtud se autoriza a los hijos reemplazar a sus padres en el momento de jubilarse o se exonera a los trabajadores del pago de algunos servicios. Finalmente, sostiene que el mismo legislador contempló en el artículo 186 de la Ley General de Educación que los hijos de los docentes oficiales tendrían prioridad en el ingreso a los establecimientos públicos de educación.

18. Los argumentos del rector no son de recibo. Por una parte, como se precisó atrás, esta Corporación declaró en su sentencia C-210 de 1997, MP Carmenza Isaza de Gómez, que el privilegio consagrado en el artículo 186 de la Ley General de Educación era inconstitucional por cuanto desconocía el criterio básico de ingreso a la universidad, con lo cual vulneraba el artículo 13 de la Constitución. De esta manera, ya no tiene ninguna cabida el

argumento acerca de que el mismo Legislador ha establecido tratamientos privilegiados para los hijos de los docentes con el objeto de facilitarles el acceso a la educación superior en los establecimientos oficiales.

De otra parte, la cláusula de la convención colectiva de 1978, retomada en el acuerdo 06 de 1997 del Consejo Académico de la Universidad, es claramente violatoria de la Constitución y debe ser por lo tanto inaplicada. En efecto, esa disposición vulnera el derecho de igualdad, dado que permite que los funcionarios de la Universidad se apropien de un bien público que debe ser distribuido entre todos los aspirantes, de acuerdo con el criterio del mérito académico. Como ya se expresó, el hecho de que los cupos especiales sean adicionales a los ordinarios no hace que pierdan su calidad de recursos oficiales y, por lo tanto, se deben someter a las mismas reglas que los cupos ordinarios.

Importa recordar que en la sentencia T-018 de 1995, esta Corporación declaró que era inconstitucional una cláusula contenida en la convención colectiva suscrita entre el departamento de Santander y su Sindicato de Trabajadores, en la cual se establecía que la vacante que se presentara por la muerte de un trabajador sería llenada por uno de sus hijos:

"No puede admitirse que las entidades públicas nominadoras, en virtud de una estipulación convencional, pierdan su facultad para decidir, de conformidad con la Constitución y la ley, las personas llamadas a prestar sus servicios como trabajadores oficiales. Esta facultad constituye una función pública cuyo ejercicio no puede estar gobernado por una convención. La contratación de trabajadores oficiales representa para la entidad territorial una función administrativa que, en los términos de la Constitución, debe estar al servicio de los intereses generales y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CP art. 209). Una vez que la entidad pública contrae la obligación de vincular indefectiblemente a determinadas personas, pierde su autonomía (CP art. 1) y la posibilidad de ejercitar sus competencias de acuerdo con los criterios y principios expuestos.

"Finalmente, para las personas que sin ser familiares del trabajador fallecido desean ocupar su lugar, la convención les cercena injustificadamente esta oportunidad. Para estas personas su origen familiar - inexistencia de vínculos de parentesco con el ex trabajador -, se erige en barrera para el ingreso al servicio público. La convención consagra un privilegio en favor de los hijos del trabajador fallecido para sucederlo en el servicio público y, correlativamente, una discriminación contra las personas ajenas a su familia y que aspiren a llenar la vacante dejada. Si se profundiza en las razones del tratamiento diferenciado que se observa, no se descubre ninguna que le sirva de sustento. No se puede presumir en abstracto que los hijos del ex trabajador, por el sólo hecho de serlo, tengan más capacidades o aptitudes para ocupar el respectivo empleo o puesto. En el evento de que el privilegio de los hijos se quiera explicar como una forma de subvenir a las necesidades familiares, insatisfechas como consecuencia del deceso del padre, la pretendida discriminación positiva carece igualmente de fundamento, pues discrimina contra las demás personas que se encuentran en idéntica o más crítica situación de pobreza y, en todo caso, el medio

al cual se apela resulta inconstitucional en cuanto repudia a la concepción del Estado democrático (Art. 1 C.P.). En consecuencia, la cláusula analizada por violar el principio de igualdad de oportunidades y consagrar una discriminación en razón del origen familiar, viola flagrantemente el artículo 13 de la CP".

Las razones expuestas en esa sentencia se aplican al estudio del cupo especial que se analiza. El ingreso a la universidad debe estar gobernado básicamente por el criterio del mérito. El acceso a este bien escaso no puede negociarse en una convención colectiva. El hacerlo constituye una clara violación del derecho a la igualdad, pues exige un sacrificio desproporcionado de aquellos aspirantes a ingresar a la Universidad que cumplen todos los requisitos y obtienen buenos resultados en los exámenes de admisión. Ellos tienen que resignarse a observar que un buen número de los cupos (en este caso 14) sea retirado de la competencia pública para ser asignado a algunas personas, cuyo mérito esencial, de acuerdo con la norma analizada, se reduce a tener una relación familiar con un funcionario del claustro universitario.

El rector expresa que los cupos especiales constituyen un aliciente para los funcionarios de la institución. Brindar estímulos a los empleados de la Universidad es desde todo punto de vista un objetivo que se ajusta la Constitución. Asimismo, es claro que la medida constituye un poderoso incentivo. Sin embargo, no es procedente que esos estímulos se concedan con bienes públicos escasos, cuya distribución debe ceñirse a principios determinados y estar abierta a todos los interesados que cumplan con los requisitos necesarios.

En conclusión, ninguno de los argumentos que ofrece el rector de la Universidad de Cartagena es aceptable desde la perspectiva constitucional para establecer ese privilegio en favor de los hijos y del cónyuge o compañero (a) permanente de los funcionarios y ex funcionarios de la Universidad. En realidad, la única razón que explica la existencia de esta prerrogativa es que ella fue incluida en el marco de las - legítimas - luchas reivindicativas de los trabajadores de la Universidad. Sin embargo, como ya expresó, las autoridades universitarias no están autorizadas para hacer concesiones laborales sobre estos bienes públicos. Así las cosas, deberá declararse que la previsión que consagra este género de cupos especiales quebranta la Constitución y debe, por consiguiente, inaplicarse.

Los cupos especiales para los bachilleres provenientes del "Sur" de Bolívar

19. El artículo 5° del acuerdo 06 de 1997 del Consejo Académico de la Universidad de Cartagena establece que los aspirantes oriundos del Sur del departamento contarán con 3 cupos para cada facultad o programa, entre ellos la Facultad de Medicina. En el artículo 6° se establece que el Sur de Bolívar está constituído por los municipios de Mompós y Magangué.

El rector expresa que los cupos especiales para los estudiantes del Sur de Bolívar se explican por el deseo del departamento de brindarle a los habitantes de estos municipios facilidades para el ingreso a la Universidad. El departamento contribuye también a la financiación del claustro universitario y tiene un interés legítimo en que sus pobladores se beneficien de ella. Manifiesta que muchos estudiantes provenientes de otros departamentos reci-

ben los cupos de la Universidad, en perjuicio de los habitantes de Bolívar.

Como ya se ha expresado, el criterio básico para el ingreso a la universidad es el del merecimiento. El cupo especial bajo análisis instituye otro complementario, cual es el de ser natural de determinados municipios del departamento. Debe entonces resolverse si este criterio adicional se ciñe a los principios constitucionales.

20. Interesa destacar que el privilegio para los bachilleres del Sur de Bolívar existe por lo menos desde el acuerdo 44 de 1978. En efecto, en ese acuerdo se contempló que los habitantes del Sur de Bolívar tendrían derecho a tres plazas por cada área académica. Mas, contrario a la disposición actual, en aquella época la expresión "Sur de Bolívar" comprendía, junto a Mompós y Magangué, a los municipios de Achí, San Pablo, Simití, Morales, San Martín de Loba, Barranco de Loba, Margarita, San Fernando y Pinillos. Así, los tres cupos que le correspondían a esta región del departamento se distribuían exclusivamente entre bachilleres provenientes de las mencionadas localidades.

La existencia de este cupo especial, en las mismas condiciones descritas, fue corroborada por el acuerdo N° 3 de 1992. Sin embargo, al igual de lo ocurrido con otros cupos especiales, los cupos para los estudiantes provenientes del Sur de Bolívar fueron suspendidos mediante el acuerdo 10 del 12 de junio de 1996, luego de la sentencia proferida por el Consejo de Estado acerca de los cupos especiales en la Universidad del Cauca, a la cual ya se ha hecho mención. Con todo, mediante el acuerdo 11 del 26 de agosto de 1996 se decidió derogar el acuerdo 10, con lo cual los cupos especiales que habían sido suspendidos recuperaron su vigencia. Poco tiempo después, el 22 de octubre de 1996, fue expedido el acuerdo 20, el cual creó los cupos especiales para los estudiantes procedentes del Sur-Sur de Bolívar.

El acuerdo 20 de 1996 no expresó cuáles eran los municipios que comprendía la región del Sur de Bolívar, pero sí excluyó de ella a las ciudades de Magangué y Mompós. De allí que se haya creado un cupo especial para estas dos ciudades y que diversos municipios que antes conformaban el Sur de Bolívar pasaran ahora a hacer parte del Sur-Sur (tal como ocurre con Achí, San Pablo, Simití, Morales, San Martín de Loba, Barranco de Loba, Margarita, San Fernando y Pinillos). De lo anterior se deduce que las ciudades de Mompós y Magangué retuvieron para ellas el cupo de tres estudiantes que antes le correspondía a un conjunto más amplio de poblaciones.

21. El rector expone que el cupo especial para los bachilleres de Mompós y Magangué se justifica por el interés del departamento en asegurarle a sus habitantes plazas en la Universidad. Al respecto, cabe decir que causa extrañeza que los cupos especiales que se crearon con ese objeto hayan favorecido solamente a un número determinado de municipios del departamento. Ciertamente, en los acuerdos 44 de 1978 y 3 de 1992 se dejó al margen del beneficio a diversas poblaciones del departamento, cuyos habitantes también habrían deseado tener el derecho de competir por esos cupos especiales. Si se observa la lista de municipios del departamento que contiene el censo de 1993 se observa que poblaciones como Arjona, Calamar, Córdoba, Carmen de Bolívar, Guamo, Mahates, María la Baja, San Estanislao, San Juan Nepomuceno, Santa Catalina, Soplaviento, Talaiga Nuevo, Turbaco,

Turbaná, Villanueva y Zambrano, además de muchos de los que ahora están incluidos dentro de la categoría Sur Sur de Bolívar, quedaban excluidos de esta gracia. Y si bien es probable que algunos de estos municipios no existieran en 1978, lo cierto es que los cupos especiales para el Sur de Bolívar beneficiaban únicamente a un grupo específico de localidades, en desmedro de otras.

La discriminación no fue modificada con el acuerdo 6 de 1997: los municipios que se disputaban los cupos para el Sur de Bolívar con Mompós y Magangué pasaron a hacer parte del Sur Sur del departamento y las tres plazas de estudio que le correspondían a la primera región quedaron únicamente para las dos ciudades mencionadas. Las localidades del departamento que nunca habían gozado del beneficio siguieron en la misma condición, con excepción de aquéllas que fueron integradas dentro del Sur Sur.

La situación descrita refuta la afirmación del rector de la Universidad acerca de que con estos cupos especiales se desea brindar facilidades a los habitantes del departamento para el ingreso a la Universidad. En realidad, la ventaja que se deriva del cupo especial se ofrece únicamente a los pobladores de Mompós y Magangué, por cierto ciudades importantes y con un relativo grado de desarrollo socioeconómico, hecho que claramente atenta contra el principio de igualdad que debe gobernar las actuaciones de las autoridades públicas.

22. Pero, aparte de lo anterior, ¿es válido establecer prerrogativas en cuanto al acceso a una universidad oficial en favor de personas oriundas del departamento en donde ella se encuentra?.

El rector expone que la Universidad recibe también algunos fondos del departamento y que, por consiguiente, esta entidad territorial tiene derecho a obtener algunos beneficios para sus habitantes. Es comprensible que el hecho de que un centro de estudios superiores se establezca en un lugar determinado genere expectativas en los pobladores de esa región en cuanto a los servicios que les puede suministrar. En la práctica, se puede observar que estos centros no solamente dinamizan la economía de la zona - en razón, por ejemplo, de los puestos de trabajo que crean y de las demandas de bienes y servicios que genera la población estudiantil y profesoral - sino que también tienen la capacidad de transformar las condiciones culturales y académicas del lugar. Esto significa que los fondos que invierte una ciudad o un departamento en la universidad sí le producen beneficios a sus habitantes.

Empero, la legítima pretensión de que la universidad le reporte frutos al lugar donde se establece no puede extenderse a los cupos universitarios. Ello implicaría nuevamente la apropiación de bienes públicos escasos por parte de algunos sectores -en este caso de algunas regiones. El grueso de la financiación de las universidades públicas proviene del Tesoro Nacional y, en consecuencia, en principio, todos los colombianos que reúnen los requisitos para aspirar a ingresar a ellas tienen que encontrarse en igualdad de condiciones para poder hacerlo.

Pero, además, por diversas razones - entre ellas de política laboral - en todas las naciones el número de universidades es reducido, si se lo pone en relación con la cifra de los jóvenes que estarían en edad de iniciar estudios superiores. Ello significa que, contrario a

lo que ocurre con los establecimientos de educación primaria y secundaria, muy pocas localidades disponen de un centro universitario que ofrezca una amplia gama de carreras profesionales. Por consiguiente, si este sistema de preferencias para los bachilleres del lugar fuera utilizado por todas las universidades oficiales, los estudiantes provenientes de regiones o ciudades en las que no existen universidades públicas o cuyos centros de educación ofrecen un espectro muy limitado de programas académicos se verían en una evidente situación de inferioridad de condiciones en relación con los que fueran oriundos de regiones que cuentan con universidades de gran dimensión.

Así las cosas, no existe ninguna razón que justifique el trato preferencial que representa el cupo especial para los estudiantes de Mompós y Magangué. Los argumentos que ofrece el rector de la Universidad de Cartagena no ameritan que se disponga de un bien escaso en favor de los escolares de las dos ciudades. El departamento recibe otros beneficios por la localización y financiación parcial de la Universidad. Además, el cupo especial resulta discriminatorio contra los estudiantes provenientes de otros municipios del departamento, no comprendidos en las categorías Sur y Sur Sur de Bolívar. Finalmente, este procedimiento especial de acceso a la Universidad resulta violatorio del derecho de igualdad de los colombianos que reúnen los requisitos necesarios para acceder a la educación superior, y que ven que algunos cupos son retirados de la competencia pública para adjudicárselos a un determinado sector de bachilleres, simplemente por el hecho de que estos últimos son naturales de una región.

Por consiguiente, la creación del cupo especial para los bachilleres procedentes del Sur de Bolívar es inconstitucional y la disposición que consagra este privilegio habrá de ser inaplicada.

Los cupos especiales para los bachilleres provenientes del "Sur-Sur" de Bolívar

23. El mismo artículo 5° del acuerdo N° 6 de 1997 dispuso que a los aspirantes provenientes del Sur-Sur de Bolívar se les reservarían 10 cupos en la Facultad de Medicina. Los municipios comprendidos bajo el término "Sur-Sur" son los siguientes: Achí, San Pablo, San Martín de Loba, Simití, Morales, Barranco de Loba, Margarita, San Fernando, Pinillos, Tiquicio, Altos del Rosario, Cantagallo, Hatillo de Loba, Santa Rosa del Sur, El Peñón, San Cristóbal, Regidor, San Jacinto del Cauca, Río Viejo y Cicuco.

El mecanismo especial de ingreso para los bachilleres procedentes del Sur-Sur del departamento tiene su origen en el acuerdo suscrito, el día 29 de septiembre de 1996, entre los gobiernos nacional y departamental y los campesinos marchistas de esa región del país. El rector de la Universidad de Cartagena expresa que el objeto de los cupos, así como el de otras medidas comprendidas en el acuerdo, es brindarles oportunidades a los habitantes de esa región para que puedan superar el estado de abandono social y económico en el que se encuentran. Además, manifiesta que el mejoramiento de las condiciones de vida en la región es requisito indispensable para afrontar los graves problemas de orden público que afronta la zona.

Como en el caso de las plazas reservadas para los escolares provenientes del Sur de

Bolívar, estos cupos especiales limitan la posibilidad de los bachilleres provenientes de otras zonas o ciudades para acceder a la Universidad de Cartagena. Ciertamente, el establecimiento de este cupo afecta la igualdad formal.

24. De manera general, la instauración de mecanismos especiales de ingreso a la universidad para personas provenientes de regiones marginadas del país implica que personas que no sean originarias de esas zonas pueden ver restringidas sus aspiraciones de realizar estudios superiores. En efecto, bien se puede presentar la situación de que los resultados de los exámenes de estas últimas personas sean superiores y que, sin embargo, no sean admitidas en la universidad, precisamente a causa del mencionado tratamiento preferencial.

En estas circunstancias surge el interrogante acerca de si es válido desde el punto de vista constitucional que, en aras del favorecimiento de un grupo de personas provenientes de zonas marginadas, se exija de otras un sacrificio tan alto, como es el de ver frustrados sus propósitos de realizar estudios universitarios.

25. Para pasar a resolver esta pregunta es necesario, antes que todo, recordar que el criterio básico de ingreso a la universidad es el del mérito académico y que los otros criterios son solamente accesorios y residuales, de manera que el sistema general de otorgamiento de las plazas de estudio no se vea desvirtuado. Es decir, las salvedades al principio del merecimiento tienen que poseer realmente un carácter excepcional. De allí se concluye que el círculo de personas que puede verse afectado en su deseo de ingresar a la universidad por causa de la existencia de criterios adicionales de selección de los estudiantes es necesariamente reducido.

Igualmente, es importante precisar que la diferenciación que se establece a través del cupo especial para los bachilleres de las zonas marginadas no se basa en distinciones prohibidas por la Carta Política, en su artículo 13. En efecto, el trato preferencial para los habitantes de las zonas marginadas del país se confiere sin tomar en consideración su raza, religión, sexo, lengua, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica. De la misma manera, los eventuales afectados por el aludido trato no se pueden agrupar bajo ninguna de esas categorías. Es decir, tanto el beneficio como la carga que se derivan de este cupo especial repercuten sobre personas de las más distintas características.

26. En los estudios sobre el desarrollo se ha detectado que en los países pobres coexisten situaciones antagónicas en lo referido a los estadios de desarrollo. Es decir, se ha advertido que mientras en algunas zonas - el centro - se observan condiciones tecnológicas, económicas, sociales, políticas y culturales propias de los países desarrollados, en otras - la periferia - se perciben situaciones de vida propias de sociedades muy atrasadas. Esta situación ha sido representada bajo el concepto de heterogeneidad estructural.

La acusada disparidad en la distribución de los recursos entre el centro y la periferia es una de las características propias de los países subdesarrollados. En efecto, en el centro se concentran todas las instancias de decisión - de carácter público y privado - y los recursos - inversiones, tecnología, puestos de trabajo, servicios de toda índole, etc. Por su parte, la periferia está condenada al olvido y, con ello, a la miseria y la migración.

La situación colombiana se ajusta a la definición del concepto de heterogeneidad estructural. En efecto, en el país existen tanto zonas en las que se observan altos niveles de desarrollo en general como regiones sumidas en la más absoluta pobreza y marginación. Pues bien, los habitantes de estas últimas zonas han sido tradicionalmente descuidados por el Estado en relación con su obligación de facilitarles unas mínimas condiciones de vida y de oportunidades necesarias para poder superar la situación de atraso en que se encuentran. Evidentemente, el Estado no les ha brindado a los pobladores de esas regiones servicios similares a los que les ha prestado a los naturales de otras zonas del país.

La desatención estatal se extiende también al campo educativo, tanto en lo relativo a la cantidad de servicios prestados como a la calidad de los mismos. Por eso, se puede aseverar que, normalmente, los bachilleres de las zonas marginadas llegan a los exámenes de admisión con una clara desventaja con respecto a los demás examinados. El tratamiento especial para el ingreso a la universidad constituye, entonces, una forma de contrarrestar esas diferencias de origen, que tienen como consecuencia el que los aspirantes de esas zonas, en la práctica, tengan escasas posibilidades de acceder a los estudios superiores.

El cupo especial bajo análisis constituye, pues, una medida de compensación por el abandono estatal al que son sometidos los jóvenes de las zonas marginadas. Los demás aspirantes a ingresar a la universidad han recibido durante su vida - en diferente medida - un porcentaje considerablemente mayor de servicios por parte de las organizaciones públicas. Es decir, durante años estos candidatos han recibido una preparación que los pone en una condición más favorable para presentar los exámenes de admisión a la universidad. De esta manera, la carga que se impone sobre los eventuales afectados por causa del mencionado trato especial no es mayor que la que han tenido que soportar durante años los bachilleres de las zonas marginadas.

27. Pero además del efecto compensatorio con respecto al trato desfavorable recibido, el establecimiento de un procedimiento especial de ingreso a la universidad para los bachilleres de las zonas marginadas contribuye a posibilitar en el futuro la superación o disminución de las distancias existentes en materia de desarrollo entre las distintas zonas del país. Al Estado le corresponde lograr un nivel mínimo de homogeneidad de las condiciones de vida de los asociados, para lo cual no debería incidir la región en que habiten (CP, arts. 2, 13, 344, 350, 356 y 357). Para procurar la disminución de las distancias entre las distintas regiones del país resulta de gran importancia facilitarles a los habitantes de las zonas más marginadas de la nación el acceso a conocimientos especializados, con el fin de que ellos contribuyan a dinamizar el desarrollo de sus zonas de origen. Y ese es precisamente el fin de la consagración de procedimientos especiales de acceso a la universidad para estos bachilleres.

28. Las consideraciones anteriores son suficientes para justificar la consagración de procedimientos especiales para el ingreso a las universidades públicas de los bachilleres de las zonas marginadas del país, a pesar del eventual sacrificio que ello podría aparejar para el conjunto de aspirantes a acceder a la educación superior. Los bachilleres de las zonas marginadas del país - al igual que todos los habitantes de ellas - han recibido, en relación con

los de otras zonas, un porcentaje mucho menor de servicios estatales. La desatención continuada en el campo educativo implica que estos estudiantes cuentan en la realidad con menores posibilidades de ingreso a la universidad que los de las otras regiones. Los mencionados cupos especiales para los aspirantes oriundos de esas zonas constituyen una forma de nivelar las oportunidades de acceso a la universidad.

Por otra parte, el aspirante que por causa de las plazas de estudio reservadas para los bachilleres de las zonas marginadas no alcanza a coronar su anhelo de ingresar a la universidad ha podido competir abiertamente por la asignación de la gran mayoría de los cupos. Si bien se puede afirmar que a ese postulante se le impone un sacrificio - equiparable a la carga que *de facto* se impone sobre los bachilleres provenientes de las zonas marginadas del país -, el hecho de que el aspirante haya podido disputar en igualdad de condiciones por la adjudicación de la mayoría de los cupos permite llegar a la conclusión de que la carga que se le traslada es moderada y que, por lo tanto, es exigible por parte del Estado, con miras a la consecución del fin de homogeneizar mínimamente los niveles de vida y las oportunidades de que deben gozar los colombianos.

29. Los municipios comprendidos dentro del concepto de Sur Sur de Bolívar se encuentran en una clara situación de abandono, como se deduce de lo expresado por el rector y del acta de acuerdo suscrita por los gobiernos nacional y regional y los representantes de los campesinos marchistas de la zona, el 29 de septiembre de 1996. También es de conocimiento general que en esa región el orden público se encuentra desde hace mucho tiempo perturbado.

El cupo especial bajo análisis constituye una clara medida de favorecimiento para una región marginada del país, que está dentro del radio de influencia de la Universidad de Cartagena Su propósito es el de compensar las desigualdades reales que existen entre los bachilleres de las distintas comarcas que presentan las pruebas de Estado y los exámenes de admisión a la Universidad, en la medida en que ofrece un trato preferencial a los estudiantes procedentes de esta olvidada región. Así las cosas, esta medida representa una forma específica de materializar los mandatos del artículo 13 de la Constitución acerca de la obligación del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, y de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

La disposición bajo análisis se enmarca también dentro de los fines del Estado de asegurar la convivencia pacífica y garantizar la vigencia de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P. art. 2). Como se ha expresado, el Sur Sur de Bolívar vive desde hace décadas en condiciones de violencia política. La ausencia del Estado en la región es notoria. La situación descrita hace prácticamente nugatoria la existencia del orden constitucional colombiano para los habitantes de la comarca. Es deber del Estado tomar las medidas necesarias para asegurar la paz y la vigencia de los principios y derechos constitucionales en la zona. Una de ellas bien puede ser la de facilitar el acceso a la educación superior a jóvenes de los municipios que comprende la región, con el objetivo de que cuando ellos sean profesionales puedan estimular el desarrollo de la región y servirles de representantes de sus intereses ante el departamento y la nación.

En fin, este cupo especial tiene un objetivo válido constitucionalmente y constituye un medio adecuado para contribuir al fin de que la región salga del estado de postración y de violencia en el que se encuentra. Y si bien introduce una diferenciación que obra en desmedro de los intereses de otros aspirantes a ingresar a la Universidad, como ya se advirtió, existen razones poderosas que justifican constitucionalmente el sacrificio que se exige de las personas eventualmente perjudicadas por el establecimiento de estos cupos.

Por otra parte, debe recalcarse que este mecanismo especial de ingreso a la Universidad no desatiende el criterio del merecimiento, puesto que las personas que aspiren a beneficiarse de él deben haber obtenido el puntaje mínimo establecido por la Universidad, como bien lo señala el literal b) del artículo 8 del acuerdo 6 de 1997.

30. Para terminar este aparte, es importante hacer dos precisiones. La primera se refiere a la determinación de los municipios que deben integrar el Sur Sur de Bolívar. Se podría plantear que otras poblaciones del departamento de Bolívar se encuentran bajo las mismas circunstancias que aquejan a los municipios que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 del acuerdo 06 de 1997 del Consejo Académico de la Universidad de Cartagena, conforman el Sur Sur de Bolívar, y que, por lo tanto, el beneficio bajo análisis se debería extender también a ellas. Sin embargo, en principio, no es tarea de la Corte establecer cuáles municipios se incorporan dentro de esa categoría. Esa atribución descansa en otras autoridades, y, de manera muy especial en las universitarias, las cuales deberán justificar debidamente la inclusión o exclusión de alguna localidad dentro de esa categoría.

El punto que acaba de tratarse no es puramente teórico. Si se compara el texto del acta de acuerdo suscrita entre los gobiernos nacional y departamental y los campesinos marchistas del Sur del departamento de Bolívar - que dio origen a los cupos especiales bajo análisis - con el mencionado artículo 7 del acuerdo 06 de 1997 del Consejo Académico de la Universidad, se puede observar que en este último se incluyen como municipios beneficiarios del cupo especial a Margarita, San Fernando, San Cristóbal, San Jacinto del Cauca y Cicuco, poblaciones éstas que no participaron en la firma del convenio. Es decir, el Consejo Académico extendió el trato especial a otras localidades del departamento, limítrofes, eso sí, de las que participaron en los diálogos sostenidos con los gobiernos nacional y departamental. La ampliación del beneficio no es en sí misma inconstitucional, por cuanto bien pueden existir razones que la justifiquen - tal como sería la de que los municipios agregados tengan una condición similar a la de los municipios originales. La Corte considera que en esta materia entra en juego la autonomía de la Universidad, la cual, no obstante, tendrá que justificar la selección de los municipios que se benefician de los cupos especiales.

Por otra parte, se advierte que dos de las poblaciones que participaron en la firma del acta de acuerdo - Montecristo y Arenal - no fueron incorporadas dentro de la lista de municipios incluida en el artículo 7 del acuerdo 06 de 1997, para la obtención del trato especial en materia de ingreso a la Universidad. Aquí se advierte una flagrante violación del principio de igualdad, por cuanto se excluyó a esas dos poblaciones de un beneficio que se les concedió a los demás municipios que firmaron el acta de acuerdo, bajo la consideración de que todas las localidades se encontraban en las mismas condiciones. Por eso se hará un llamado al Consejo Académico de la Universidad de Cartagena para que remedie esta situa-

ción de vulneración del principio de igualdad.

31. De acuerdo con el parágrafo único del artículo 7° del referido acuerdo 07 de 1996, el cupo especial para los municipios del Sur Sur de Bolívar "tendrá vigencia solamente para los aspirantes a ingresar en el año de 1998". Es decir que el beneficio establecido en favor de los bachilleres de esa región es limitado en el tiempo, característica que no se observa con respecto a los demás cupos especiales. Se podría plantear que esta limitación entraña un trato discriminatorio contra los habitantes del Sur Sur. Sin embargo, en principio, del postulado de la autonomía universitaria se deriva que la Universidad goza de un margen adecuado de discreción para decidir sobre lo relacionado con el período de vigencia de los criterios que complementan el parámetro básico de ingreso a las universidades, vale decir, el mérito académico.

Los cupos especiales para los deportistas y los reinsertados

32. El mismo artículo 5° del acuerdo 06 de 1997, expedido por el Consejo Académico de la Universidad de Cartagena, creó sendos cupos especiales para el ingreso a la Facultad de Medicina en favor de un deportista y de un reinsertado.

El rector expresa que el cupo especial para los deportistas se fundamenta en la disposición del artículo 52 de la Constitución que ordena al Estado fomentar las actividades deportivas. Estima que la creación de un mecanismo especial de ingreso a la universidad para los deportistas sobresalientes constituye una forma de fomento del deporte. A su vez, el cupo especial para un reinsertado se explica por el interés del Estado en favorecer la reincorporación a la vida civil de las personas que han dejado las armas. Así, este mecanismo especial de ingreso formaría parte de un abanico de medidas tendentes a favorecer el reintegro de esas personas a la sociedad.

33. Como ya se anotó antes, las instituciones universitarias cumplen distintas funciones sociales, una de las cuales, quizás la más importante en el momento, es la de formar profesionales. Para el mejor logro de este último objetivo, se ha señalado que el criterio básico de ingreso a las universidades es el mérito académico. Sin embargo, puesto que los centros de educación superior desempeñan también otras tareas es aceptable que, sin abandonar el criterio básico de distribución de las plazas de estudio, se establezcan criterios adicionales para el acceso a la universidad.

34. Los centros de estudios superiores deben promover la cultura y el desarrollo de una formación integral de los estudiantes y de la población que se encuentra bajo su directa influencia. El deporte constituye una fórmula de aprendizaje y profundización en valores como la perseverancia, el esfuerzo, la solidaridad, el manejo de conflictos a través de medios no violentos, el respeto a reglas de juego y a unos límites sociales, etc. Igualmente, la práctica del deporte enseña una forma especial de relación con el cuerpo; constituye una práctica recreativa sana y abre dimensiones distintas a la vida. En síntesis, el fomento del deporte contribuye de manera importante al desarrollo de una formación humanística e integral. Es por eso que comúnmente se entiende que en la práctica educativa se debe abrir un espacio a las actividades deportivas.

Sin embargo, el hecho de que la universidad deba comprometerse con la promoción del deporte no constituye una razón suficiente para crear un cupo especial para favorecer el acceso de los deportistas a los estudios superiores. Si bien no se niega que la presencia en la universidad de deportistas de alto rendimiento puede constituir un estímulo para la práctica de las actividades de recreación física, este objetivo puede lograrse a través de medidas menos lesivas de los intereses de los otros aspirantes a acceder la universidad. El impulso de las actividades deportivas bien puede realizarse a través de medidas distintas, que no impliquen el sacrificio injusto y excesivo de la aspiración de algunas personas de realizar estudios superiores. Además, en las condiciones actuales del país, la imposición de esa carga sobre estos individuos aparece como inaceptable, en razón del hecho de que, por lo regular, las actividades de alta competencia deportiva y las académicas se desarrollan en esferas diferentes y distantes.

Con fundamento en los anteriores argumentos, este cupo especial será declarado como inconstitucional y se ordenará su inaplicación.

35. Como bien lo señalan el rector de la Universidad de Cartagena y el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la Constitución se contemplan distintas normas que establecen que la obtención de la paz es uno de los fines que debe guiar la actividad estatal. En el preámbulo de la Carta Política y en el artículo 2° se obliga a los organismos estatales a asegurar la convivencia pacífica. Igualmente, en el artículo 22 se establece la paz como un derecho y un deber ciudadano, y en el 95 se compromete a todos los asociados a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica. Pero aún más, conscientes los constituyentes de la situación de violencia política por la que atraviesa el país y de la necesidad de facilitar la reincorporación de los grupos guerrilleros desmovilizados a la vida civil, se autorizó al gobierno para establecer circunscripciones especiales de paz para las elecciones de 1991 e, incluso, para nombrar directamente un número plural de congresistas en representación de esos grupos (C.P. art. transitorio 12). De la misma manera, en el artículo transitorio 13 se le otorgaron amplias facultades al gobierno para que, dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia de la Constitución, dictara disposiciones dirigidas a promover la cabal reinserción de los grupos guerrilleros desmovilizados y mejorar las condiciones de vida de las zonas en las que tuvieran presencia.

Como se puede observar, en la Constitución se manifiesta un profundo compromiso con la búsqueda de la paz, el cual se expresa no únicamente a través de la fijación de objetivos sino también mediante el establecimiento de fórmulas concretas - si bien temporales - para facilitar, entre otras cosas, la representación política de los grupos guerrilleros desmovilizados.

36. La búsqueda de la paz y la creación de las condiciones materiales sobre la que se asienta este propósito, vinculan a todas las instituciones públicas, incluidas las universidades. Aún más, estas últimas tienen un compromiso especial con la paz, pues dentro de sus fines institucionales se encuentra la promoción de valores como la tolerancia, el entendimiento y la confrontación pacífica de ideas, así como la investigación acerca de los problemas del país y de las mejores fórmulas para su solución.

El establecimiento del cupo especial para los reinsertados constituye una fórmula apropiada para favorecer la reintegración a la sociedad de guerrilleros desmovilizados, en la medida en que les brinda la posibilidad de realizar estudios profesionales y, por consiguiente, de capacitarse para el mercado del trabajo. Esta medida representa un aporte de la Universidad para el propósito de paz que prohíja la Constitución. En esta medida, y dado que el cupo especial se reduce a una plaza de estudio, deberá concluirse que este cupo no contraría las normas constitucionales. Sin embargo, se observa que en el caso concreto a la persona que aspire a ingresar a la Universidad haciendo uso del cupo para los reinsertados, no se le exige en la práctica el puntaje mínimo requerido para todos los demás cupos especiales. La Universidad ha dejado absolutamente de lado el criterio del merecimiento. Esta situación es inaceptable, por cuanto, como se ha repetido varias veces, el criterio básico de ingreso a los centros de educación superior es el del merecimiento, el cual puede ir acompañado en muy especiales eventos por otros criterios. Por esta razón, la constitucionalidad de la norma universitaria que consagra esta medida excepcional, en favor del reinsertado, supone la obtención del puntaje mínimo requerido para el ingreso a la Universidad.

La decisión sobre la tutela solicitada

37. El análisis practicado sobre los diferentes cupos especiales que rigen actualmente para el ingreso a la Universidad de Cartagena dejó como conclusión que tres de ellos son inconstitucionales y, por lo tanto, deben ser inaplicados. Por consiguiente, la tutela solicitada deberá concederse, por cuanto de no haber existido los cupos especiales cuya consagración se encontró inconstitucional en esta sentencia, el actor habría podido ingresar a la Facultad de Medicina. Por esta razón se declarará que la Universidad de Cartagena deberá autorizar el ingreso del actor a la Facultad de Medicina.

Los alcances del fallo

38. Esta sentencia ha establecido que las normas que consagran los cupos especiales existentes en la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena para los hijos y el cónyuge o compañero (a) permanente de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad, para los bachilleres de Mompós y Magangué y para los deportistas vulneran el derecho de igualdad y son, por lo tanto, inaplicables. Asimismo, con respecto al cupo especial para los reinsertados se ha especificado que si bien es compatible con la Constitución la configuración de este procedimiento especial de ingreso a la Universidad, él no puede hacer caso omiso del sistema del mérito académico. Igualmente, en relación con los cupos especiales para los habitantes del Sur Sur de Bolívar se ha expresado que en aras de la vigencia del derecho de igualdad este beneficio se debe extender a todas las poblaciones que participaron en la firma del acuerdo entre los gobiernos nacional y departamental y los marchistas del Sur de Bolívar, en septiembre de 1996.

Dado que los mecanismos especiales de ingreso a la Universidad de Cartagena han regido desde hace varios años, es preciso ahora determinar el alcance de esta sentencia. Los estudiantes que fueron admitidos con base en los cupos especiales cuya consagración es manifiestamente contraria a la Constitución Política no se constituyeron como parte en el

presente proceso. Este hecho, sumado a que su situación actual está amparada por la garantía de la buena fe y de los derechos adquiridos, implica que el fallo que se profiere en modo alguno puede afectar su situación individual y concreta. Por lo tanto, en la parte resolutiva no se hará ninguna mención a esos estudiantes.

DECISION

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

R E S U E L V E:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el día 13 de marzo de 1977, por medio de la cual se negó la tutela solicitada y, en su lugar, conceder el amparo impetrado por el actor, por violación a su derecho a la igualdad.

Segundo.- ORDENAR el ingreso de Jayder Francisco Hernández Iriarte a la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena.

Tercero.- ORDENAR, para los efectos del presente caso, la inaplicación de las disposiciones que crean los cupos especiales para el ingreso a la Facultad de Medicina de la Universidad de Cartagena para los hijos y el cónyuge o compañero (a) permanente de los profesores, empleados, ex-profesores, ex-empleados y jubilados de la Universidad, para los bachilleres de las ciudades de Mompós y Magangué y para los deportistas.

Cuarto.- Ordenar que se realicen los ajustes necesarios en la reglamentación de los otros cupos especiales para que se ajusten a los términos de esta sentencia.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-449
septiembre 18 de 1997

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia contra empresa transportadora/**INDEFENSION**-Del usuario frente a la empresa transportadora

En el presente asunto se está frente a una situación de indefensión entre la empresa prestadora del servicio de transporte y el accionante como usuario del mismo, quien sufrió lesiones con ocasión del accidente de tránsito de uno de los buses de dicha empresa.Como lo ha señalado la Corporación, el estado de indefensión 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 elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o amenaza de vulneración a su derecho fundamental. Estado de indefensión que el juez de tutela debe deducir del examen de los hechos y circunstancias que rodean el caso concreto.El actor se halla en estado de indefensión frente a la empresa accionada, como consecuencia del accidente de tránsito, que amenaza inicialmente su derecho a la salud, pues como él lo señala, la omisión de la empresa en asegurarle las cirugías que dice requerir para recuperar su fisonomía normal, lo coloca en un estado de indefensión frente a esta.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Responsabilidad económica o civil de empresa transportadora por accidente de ocupante

La acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar la responsabilidad económica ni civil contractual o extracontractual de una empresa transportadora, cuando uno de sus vehículos sufre un accidente y causa lesiones y daños a sus ocupantes, pues para ello existen las vías judiciales ordinarias que están previstas para atender los reclamos de índole patrimonial que puedan eventualmente desprenderse de la relación con la empresa transportadora.No puede entonces el juez de tutela entrar a definir una controversia que como esta, de carácter contractual, corresponde exclusivamente al juez ordinario. Será allí donde se defina si hay o no lugar a la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia del accidente. Para que pueda impetrarse la tutela para la protección de un derecho fundamental, es preciso que exista certeza en cuanto a la existencia del mismo en cabeza del peticionario. En el presente caso, no se ha establecido aún por parte de la jurisdicción competente, la responsabilidad de la empresa en el accidente, ni mucho menos las obligaciones que de este se derivan en favor del peticionario, como podrían ser, entre otras,

la de suministrar la correspondiente asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria. Por lo tanto, mal puede el juez de tutela ordenar que se preste dicha asistencia, sin que exista previamente la obligación de otorgarla.

TUTELA TRANSITORIA-Inexistencia de inminente riesgo por retardo en práctica de cirugía estética

No hay lugar tampoco a conceder el amparo ni aún como mecanismo transitorio, pues no está acreditado dentro del expediente un perjuicio irremediable. Tan sólo indica el peticionario, "que en mi fisonomía quedaron daños irreversibles, como una cicatriz a la altura de la ceja izquierda, otra en el dedo índice de la mano izquierda...", situaciones estas que a juicio de la Corte, según se deduce del escrito de tutela y de las pruebas que obran en el proceso, no constituyen un inminente riesgo para la salud del actor, ni por ello requieren de una atención urgente e impostergable. Como él mismo lo reconoce, "se trata de cicatrices e intervenciones quirúrgicas y hospitalarias de carácter estético", cuyo retardo en practicarlas no amenaza la salud ni vida del peticionario.

Referencia: Expediente T-132.388

Peticionario: Jorge Hernando Niño Aponte

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fé de Bogotá, D.C., septiembre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y siete (1997).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, procede la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, a decidir la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor Jorge Hernando Niño Aponte formuló acción de tutela en contra de la Cooperativa de Transporte Omega Ltda., con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida e integridad física, los cuales estima vulnerados al no haberle expedido una carta de compromiso en donde se responsabilizara de los costos de las intervenciones quirúrgicas que se le hiciesen al accionante en la Clínica Bogotá.

El actor requiere además, que el Juzgado después de "valorados económicamente" los daños que le fueron causados, obligue al Gerente de la Empresa Transportadora y al propietario del bus a indemnizar los perjuicios causados, de acuerdo a lo preceptuado en el Código Civil.

Los hechos que sustentan la demanda son los siguientes:

El 10 de Julio de 1996 en la vía que conduce de San Gil a Bogotá, colisionaron el bus No. 853 afiliado a la "Cooperativa de Transporte Omega Ltda", con una tractomula, en cuyo accidente el peticionario sufrió múltiples heridas producto de esquirlas en la cara, ojos y manos, por lo que fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Bogotá S.A.

Señala que producido el accidente, recibió los primeros auxilios en el Hospital Municipal de Moniquirá, siendo remitido luego por cuenta de la Cooperativa de Transporte Omega a la Clínica Bogotá, donde después de realizarle varias valoraciones médicas, resolvieron intervenirlo quirúrgicamente de los ojos, quedando pendiente una operación en el tabique para el 25 de enero de 1997, la cual según se afirma, no se llevó a cabo, pues le exigían la carta de compromiso de la empresa de transporte comprometiéndose a responder por los costos del tratamiento.

Indica el accionante que esta carta la solicitó verbalmente en diferentes oportunidades sin haber obtenido respuesta, por lo que el día 21 de enero del presente año, presentó nuevamente ante el asesor de Seguros de la Cooperativa de Transporte Omega Ltda, solicitud de expedición de la citada carta de compromiso, el cual condicionó la entrega de la misma a la firma de un acta de transacción o desistimiento, la cual no fue aceptada por el actor por no estar de acuerdo con los términos del documento.

Solicita el peticionario, la protección de sus derechos fundamentales, para lo cual solicita al juez de tutela ordenar a la empresa accionada la expedición de la mencionada carta de compromiso, y en consecuencia, asumir los gastos correspondientes a la operación del tabique y la eliminación de las cicatrices que tiene en su cuerpo. Igualmente, que se le indemnicen los perjuicios sufridos con ocasión del accidente.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

Conoció en primera instancia de la tutela el Juzgado Treinta y Tres Penal Municipal de Bogotá, el cual mediante providencia fechada 14 de febrero de 1997, resolvió denegar la tutela, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Sostuvo en primer lugar, que el derecho a la vida del accionante no ha sido vulnerado por parte de la Cooperativa de Transporte Omega, por cuanto, aunque recibió numerosas lesiones como consecuencia del accidente de tránsito entre el bus afiliado a dicha empresa y una tractomula, recibió inmediatamente los primeros auxilios, con lo que no se puso en peligro su salud ni su vida.

Señala igualmente, que según concepto del Médico Director de la Clínica Bogotá, las lesiones sufridas por el peticionario, estas no son de tal gravedad que puedan poner en peligro su vida, y menos aún cuando ha recibido la asistencia necesaria para lograr su recuperación. Por tal motivo, en criterio del Juez, no existe un peligro inminente ya que las lesiones fueron oportunamente atendidas, razón por la cual no sería procedente el amparo de sus derechos mediante esta acción.

Finalmente, expresó el citado despacho que no existen los presupuestos enunciados en

el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 para que la acción proceda contra un particular, como tampoco es viable el mecanismo transitorio, pues no existe un perjuicio irremediable. En cuanto a la solicitud de indemnización de perjuicios, no la halla procedente, pues en su criterio ello no corresponde al juez de tutela.

Impugnada la providencia, le correspondió asumir el conocimiento de la misma al Juez Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá, el cual mediante providencia del 8 de abril de 1997, resolvió confirmarla, por cuanto en su criterio no se está en presencia de ninguno de los eventos en los que procede la tutela contra particulares. Al respecto sostuvo que *"es cierto, como lo afirma el actor, que la Cooperativa de Transporte Omega Ltda. presta un servicio público como es el transporte, pero de ello no se deriva que pueda ser demandado bajo estos lineamientos. Es indiscutible que el tutelante sufrió lesiones producto del accidente de tránsito, pero de esta situación no surge la procedencia de una acción de tutela, a menos que a raíz del accidente hubiese sufrido un menoscabo en un derecho fundamental o una suspensión del servicio en perjuicio de los usuarios, situación que no sucedió en el caso en estudio"*.

Finalmente, reiteró el criterio del Juez de primera instancia, según el cual la reclamación que tenga el tutelante por lesiones sufridas a raíz del accidente de tránsito debe hacerla ante la jurisdicción ordinaria, razón por la cual dispone de otros medios de defensa judicial.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las providencias proferidas por los Juzgados 33 Penal Municipal y 24 Penal del Circuito de Bogotá, 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 de1991.

Procedencia de la acción de tutela contra particulares

Previamente al examen del asunto sometido a revisión, es preciso determinar si en el presente asunto se está en alguna de las hipótesis prevista en la Constitución o la ley en relación con la acción de tutela contra particulares.

Dispone el inciso final del artículo 86 de la Constitución que la tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público (que según el artículo 42 del decreto 2591 de 1991 solo es viable en los casos de los servicios de salud, los domiciliarios o de educación), o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

A juicio de la Corte, en el presente asunto se está frente a una situación de indefensión entre la empresa prestadora del servicio de transporte y el accionante como usuario del mismo, quien sufrió lesiones con ocasión del accidente de tránsito de uno de los buses de dicha empresa.

Como lo ha señalado la Corporación, el estado de indefensión 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 elementos insuficientes para resistir o repeler la agresión o amenaza de vulneración a su derecho fundamental. Estado de indefensión que el juez de tutela debe deducir del examen de los hechos y circunstancias que rodean el caso concreto.

En el asunto materia de decisión, estima la Sala que el actor se halla en estado de indefensión frente a la empresa accionada, como consecuencia del accidente de tránsito, que amenaza inicialmente su derecho a la salud, pues como él lo señala, la omisión de la empresa en asegurarle las cirugías que dice requerir para recuperar su fisonomía normal, lo coloca en un estado de indefensión frente a esta.

Análisis del caso concreto

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela se instituyó como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por una autoridad pública o un particular en los casos previstos por la Constitución y la ley, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o en caso de que exista, que no sea tan idóneo y eficaz como lo es la tutela.

En el asunto sub-examine, el accionante pretende mediante el ejercicio de esta acción, que la empresa accionada le expida una carta de compromiso por la cual se autorice a la Clínica Bogotá a continuar el tratamiento médico quirúrgico necesario para la operación del tabique, así como aquellas que se requieran para borrar las cicatrices que le dejó el accidente de tránsito donde sufrió varias lesiones. Además, solicita la reparación económica por el daño causado y los perjuicios sufridos con ocasión del mismo.

Sobre el particular, encuentra la Corte que a raíz del accidente, el accionante recibió toda la asistencia quirúrgica, médica y hospitalaria requerida para lograr la recuperación de su salud. No obstante, con posterioridad a la ocurrencia del citado acontecimiento, le aparecieron algunas cicatrices en diversas partes de su cuerpo que afectaron su fisonomía, las cuales considera deben ser objeto de intervención quirúrgica, pero que no lo han sido por disposición expresa de la empresa accionada.

En efecto, como lo ha reiterado esta Corporación, la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar la responsabilidad económica ni civil contractual o extracontractual de una empresa transportadora, cuando uno de sus vehículos sufre un accidente y causa lesiones y daños a sus ocupantes, pues para ello existen las vías judiciales ordinarias que están previstas para atender los reclamos de índole patrimonial que puedan eventualmente desprenderse de la relación con la empresa transportadora.

No puede entonces el juez de tutela entrar a definir una controversia que como esta, de carácter contractual, corresponde exclusivamente al juez ordinario. Será allí donde se defi-

na si hay o no lugar a la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia del accidente, como así lo reconocieron los jueces de instancia en las providencias que se revisan.

Y no hay lugar tampoco a conceder el amparo ni aún como mecanismo transitorio, pues no está acreditado dentro del expediente un perjuicio irremediable. Tan sólo indica el peticionario, "que en mi fisonomía quedaron daños irreversibles, como una cicatriz a la altura de la ceja izquierda, otra en el dedo índice de la mano izquierda...", situaciones estas que a juicio de la Corte, según se deduce del escrito de tutela y de las pruebas que obran en el proceso, no constituyen un inminente riesgo para la salud del actor, ni por ello requieren de una atención urgente e impostergable. Como él mismo lo reconoce, "se trata de cicatrices e intervenciones quirúrgicas y hospitalarias de carácter estético", cuyo retardo en practicarlas no amenaza la salud ni vida del peticionario.

En efecto, como lo ha reconocido esta Corporación en forma reiterada, la salud no es en principio un derecho fundamental, pero puede llegar a serlo por conexidad, cuando en un caso concreto, debidamente analizado por el juez de tutela, la no protección de ese derecho pone en peligro o afecta uno de carácter fundamental.

En el asunto sub-exámine, tanto la intervención quirúrgica que requiere el accionante en el tabique, como aquellas para ocultar las cicatrices que le quedaron en su cuerpo como consecuencia del accidente de tránsito, no tienen una directa y real evidencia de poner en peligro su vida y subsistencia. La necesidad de dichas cirugías se encuentra dentro del ámbito meramente prestacional del derecho a la salud, porque ellas no son necesarias para asegurar el derecho a la vida del actor, ni su negativa a ordenarlas afecta el núcleo esencial del derecho a la salud.

Para que pueda impetrarse la tutela para la protección de un derecho fundamental, es preciso que exista certeza en cuanto a la existencia del mismo en cabeza del peticionario. En el presente caso, no se ha establecido aún por parte de la jurisdicción competente, la responsabilidad de la empresa en el accidente, ni mucho menos las obligaciones que de este se derivan en favor del peticionario, como podrían ser, entre otras, la de suministrar la correspondiente asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria. Por lo tanto, mal puede el juez de tutela ordenar que se preste dicha asistencia, sin que exista previamente la obligación de otorgarla.

Así entonces, considera la Sala que deberá confirmarse la providencia que se revisa, pues no es la tutela el mecanismo idóneo ni para sustituir o desplazar al juez ordinario en la definición de problemas derivados de la prestación del servicio de transporte, como lo es el relativo a la responsabilidad civil derivada del mismo, ni tampoco para hacer efectivo el derecho de índole prestacional pretendido por peticionario, cuya protección no es en principio potestad del juez de tutela si no existe conexamente la afectación o amenaza de un derecho fundamental, sino como se ha anotado, susceptible de amparo mediante la utilización de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

Por lo anterior, teniendo el actor otro medio para obtener la protección de su derecho, y

no existiendo perjuicio irremediable, se confirmarán por las razones expuestas, las sentencias que se revisan.

IV. DECISION

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

RESUELVE :

Primero. CONFIRMAR por las razones expuestas, el fallo proferido por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá el 8 de abril de 1997 en relación con la acción de tutela formulada por Jorge Hernando Niño Aponte contra la Cooperativa de Transportes Omega Ltda.

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 No. T-450
septiembre 18 de 1997

DERECHO A LA EDUCACION-Gestiones para la provisión de cargo docente

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-133007

Peticionario: Efraín Castro López

Procedencia: Tribunal Administrativo de Boyacá.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D.C., a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Procede la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional a revisar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el dieciséis (16) de abril de 1997, con respecto a la acción de tutela formulada por Efraín Castro López contra el Alcalde de Tunja.

I. ANTECEDENTES.

El señor Efraín Castro López , formuló acción de tutela contra el Alcalde de Tunja, Doctor Manuel Arias Molano, por violación del derecho a la educación de su hija Ana Milena Castro Villamil. Manifiesta que en la escuela "La Trinidad" del Municipio de Tunja, se matricularon para el curso segundo de primaria 24 niños, dentro de los cuales se encuentra su hija. Afirma que desde el inicio del actual período educativo para el año 1997, los niños que cursan el segundo grado de primaria matriculados en el mencionado colegio, no han recibido ninguna clase, no les ha sido impartida la educación a la cual tienen derecho según la Constitución Nacional, por cuanto la plaza docente para dicho concurso se encuentra vacante desde finales del año inmediatamente anterior.

A pesar de las reiteradas peticiones elevadas ante el Señor Alcalde Mayor de Tunja, por parte de las Directivas de la Concentración Escolar, de la comunidad Educativa, y de los

padres de familia, la negligencia y el desinterés por parte de la administración Municipal han sido evidentes y sin justificación alguna ; deliberadamente se ha omitido designar en propiedad o al menos en encargo, un docente que imparta ese servicio público en la escuela La Trinidad de Tunja y por ello, habiendo transcurrido ya el primer bimestre del año escolar, los niños no han recibido las clases correspondientes. Ello unido al hecho de que los menores se exponen a permanentes riesgos cuando se les ordena regresar a sus casas por la falta de un profesor.

La omisión por parte del accionado en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales en el sentido de proveer los cargos necesarios para la prestación del servicio público de educación, vulnera los derechos fundamentales de los niños de esa comunidad educativa.

II. LA SENTENCIA QUE SE REVISA.

Al negar la tutela interpuesta, el Tribunal Administrativo de Boyacá, consideró que lo que se solicita en este caso no es un derecho para una persona en particular, sino para la comunidad, es decir un derecho colectivo, cuyo protección judicial debe buscarse a través de otros mecanismos. Igualmente estima que según el artículo 113 de la Constitución Nacional "no es posible de ninguna manera que la rama jurisdiccional vaya a ordenar, como se pretende en esta demanda, al ejecutivo, el nombramiento y consiguiente posesión de un docente".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia

Con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9°, de la Constitución 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 Tribunal Administrativo de Boyacá.

B. El asunto que se debate.

El propósito del accionante es el de obtener la protección del derecho fundamental a la educación de su hija, mediante la expedición de la orden judicial correspondiente para que la autoridad accionada tome las medidas encaminadas al nombramiento de un docente en el segundo grado de primaria de la escuela "La Trinidad" de Tunja lo cual ocasiona perjuicio no sólo a su pequeña hija, sino también a los demás estudiantes del plantel.

Esta Corporación ha reiterado el carácter de derecho fundamental de la educación, entre otras sentencias, en la T- 423 de 1996, Magistrado Ponente, Doctor, Hernando Herrera Vergara, en los siguientes términos:

"Además de su categoría como derecho fundamental plenamente reconocido como tal en el ordenamiento jurídico superior y por la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, ***la educación constituye una función social que genera para***

el docente, los directivos del centro docente y para los educandos y progenitores, obligaciones que son de la esencia misma del derecho, donde el Estado se encuentra en el deber ineludible e impostergable de garantizarla realmente como uno de los objetivos fundamentales de su actividad y como servicio público de rango constitucional, inherente a la finalidad social del Estado no solamente en lo concerniente al acceso al conocimiento, sino igualmente en cuanto respecta a su prestación de manera permanente y eficiente para todos los habitantes del territorio nacional, tanto en el sector público como en el privado. *(Se subraya)*

"Es la misma Constitución concebida como norma de normas (artículo 4°) la que se encarga de fijar las directrices generales de la educación y señalar sus derechos y deberes dentro de un marco jurídico axiológico. Dichos postulados además de consagrar el servicio público de educación como derecho fundamental le asigna a este el efecto de aplicación inmediata, según se desprende del artículo 85 constitucional.

"Por su parte, el artículo 67 de la Carta Política, que constituye el pilar esencial de la educación advierte que, ésta "es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura", para la adecuada formación del ciudadano.

"Corresponde entonces al Estado garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los estudiantes las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. *(Se subraya)*

"De acuerdo con el artículo 70 de la Constitución, "el Estado tiene el deber primordial de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, ***por medio de la educación permanente*** *y la enseñanza científica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional (...)" (lo subrayado es de la Sala).*

También el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dice: "(1). Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación". Este Pacto -aprobado por Colombia mediante la ley 74 de 1968- entró en vigencia el 29 de octubre de 1969.

En un caso de análogos supuestos, la Sala Sexta de Revisión de la Corte sostuvo:

"De acuerdo con lo anteriormente señalado, resulta pertinente reiterar que si el derecho a la educación, desde su enunciación en el preámbulo de la Carta Política se consagró con el carácter de fundamental, y está revestido de una función social a fin de formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos y a la paz y a la democracia, que busca el "acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica y a los demás bienes y valores de la cultura" de la persona, resulta natural entonces, procedente la protección del mismo, en favor de los estudiantes del citado establecimiento educativo, máxime cuando el Estado está en la obligación de garantizar el

adecuado cubrimiento de este servicio público y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo".(Cfr. T-235 de 1997, Magistrado Ponente :Dr. Hernando Herrera Vergara)

De otra parte, la efectividad del derecho fundamental a la educación fue objeto de pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T-467 de 1994, también en un caso similar al que ahora ocupa a esta Sala y donde contrario al criterio expresado por el fallador de instancia, dadas las circunstancias de amenaza o vulneración de un deales. Este es el caso de la continuidad en la prestación del servicio público de educación de los niños. Se presenta aquí un grado especial de constreñimiento en relación con la obligación estatal de prestar el servicio, ***derivado del artículo 44 de la Constitución política en concordancia con los artículos 56, 70 y 366 del mismo estatuto fundamental". " (...)"De otra parte, el derecho subjetivo a la educación comprende el adecuado cubrimiento del servicio, de tal manera que (...) lo necesario para su aales.*** *Este es el caso de la continuidad en la prestación del servicio público de educación de los niños. Se presenta aquí un grado especial de constreñimiento en relación con la obligación estatal de prestar el servicio, derivado del artículo 44 de la Constitución política en concordancia con los artículos 56, 70 y 366 del mismo estatuto fundamental".*

" (...)

"De otra parte, el derecho subjetivo a la educación comprende el adecuado cubrimiento del servicio, de tal manera que (...) lo necesario para su acceso y permanencia en el sistema educativo (C.P. art. 67). Ahora bien, la continuidad del servicio es una condición indispensable para que el derecho a la permanencia del alumno en el sistema educativo se haga efectivo. Dicho en otros términos, cuando la Constitución protege el derecho de los niños a la educación, con ello está protegiendo, a su vez, las condiciones básicas que lo hacen posible, incluidas aquellas que implican obligaciones prestacionales del Estado. ***Por eso, cuando un establecimiento educativo carece de la planta de profesores mínima para cubrir la enseñanza de los diferentes cursos programados, se encuentra desprovisto de una de los elementos esenciales - quizás el más esencial - del servicio educativo".*** *(Lo subrayado no es del texto original). (Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)*

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, en estas circunstancias es procedente tutelar el derecho a la educación de la niña Ana Milena Castro Villamil, ordenándose en esta providencia al Alcalde Mayor de Tunja para que realice las gestiones administrativas y presupuestales encaminadas a la provisión del cargo del docente requerido en la escuela La Trinidad de Tunja.

III. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte constitucional adminis-

trando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. TUTELAR el derecho fundamental a la educación de la niña Ana Milena Castro y Ordenar al Alcalde de Tunja, para que en el término improrrogable de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, inicie los trámites administrativos y presupuestales encaminados a la provisión efectiva del docente correspondiente al segundo año de primaria de la escuela "La Trinidad" de Tunja.

Segundo. PREVENIR al Alcalde de Tunja para que en el futuro se abstenga de realizar las omisiones de que trata la acción de tutela en lo referente al efectividad del servicio de la educación.

Tercero. El Tribunal de Boyacá, vigilará el cumplimiento de esta decisión de conformidad con lo establecido en la ley.

Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, envíese al Despacho de origen y cúmplase.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-451
septiembre 18 de 1997

TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia/**SUBORDINACION**-Vinculación laboral

DERECHO A LA SALUD-No transferencia de aportes por empleador para seguridad social

Esta corporación, sostuvo que cuando un patrono no efectúa las transferencias de los aportes obrero-patronales de seguridad social, efectivamente deducido de los salarios, como ocurre en el presente caso, amenaza los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los trabajadores. Estima la Sala que, en caso sub examine, existe una estrecha relación de conexidad entre el derecho fundamental a la seguridad social y los derechos del mismo rango a la vida y a la salud de la peticionaria, en virtud a que la conducta negligente del patrono afecta el núcleo esencial de los derechos a la salud y a la vida, por la imposibilidad de acceder al sistema de salud debido a la falta de las obligatorias transferencias de los aportes obrero patronales, los cuales fueron efectivamente deducidos de sus salarios con lo cual se desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad de la seguridad social como manifestación concreta del estado social de derecho.

- Reiteración de Jurisprudencia -

Referencia: Expediente T-133156

Actora: Teresa Báez Rodríguez

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Honorables Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar las sentencias dictadas en el proceso de la referencia, proferidas por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga y el Tribunal Superior

de esa ciudad de fechas 17 de marzo y 24 de abril de 1997, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y desarrollada mediante los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la señora Teresa Báez Rodríguez, en su condición de trabajadora de la Clínica Bucaramanga, Centro Médico Daniel Peralta S. A. solicitó la protección de los derechos constitucionales a la salud y seguridad social, tanto de ella como de sus hijos.

Sostiene la actora que, la Clínica Bucaramanga ha venido incumpliendo las obligaciones contractuales y legales contraídas con sus empleados, dada la crisis económica por la que atraviesa, que la obligó a celebrar un contrato de fiducia. Desde el mes de abril de 1996 la Clínica de Bucaramanga dejó de cancelar sus obligaciones en materia de subsidio familiar a la Caja de Compensación Familiar escogida para que asumiera ese subsidio de los hijos de sus trabajadores. Igualmente, desde agosto de 1996, tiene suspendidos los aportes al Seguro Social, y a pesar de realizar los descuentos de nómina no traslada dichos valores al Instituto de Seguros Sociales.

Señala la demandante, que el sindicato al cual pertenecen los trabajadores de la Clínica, denunció ante las autoridades del trabajo la conducta asumida por la Clínica, lo que motivó una sanción administrativa, pero sin solución a la situación de los empleados, los cuales no han encontrado hasta el momento el mecanismo idóneo para exigirle al empleador el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Solicitan al juez de tutela, como medida de protección del derecho vulnerado, ordenar a la empresa demandada la cancelación retroactiva de los meses que haya incumplido de las obligaciones contraídas con Cajasan, y el Seguro Social.

II. LAS DECISIONES QUE SE REVISAN.

En fallo calendado el 24 de marzo de 1997, el Juez Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga resolvió conceder la acción de tutela de la referencia, con los siguientes argumentos:

Se ha vulnerado el derecho a la seguridad social, el cual, según - pronunciamientos de la Corte Constitucional, de no ser reconocido pone en peligro derechos fundamentales como la vida y la salud de los accionados.

La estrecha relación entre los pagos oportunos de los aportes patronales a la seguridad social y el derecho a la vida y a la salud de los trabajadores, es innegable, pues la conducta omisiva de la patronal impide al trabajador recibir la asistencia médica que le garantice la protección de su salud y hasta de la vida misma.

La segunda instancia fue resuelta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en providencia de abril 24 de 1997. En ella se revocó el fallo de primera ins-

tancia y se negó la tutela aduciendo en términos generales que no es éste el mecanismo idóneo para reclamar sumas de dinero o deudas y por lo tanto la peticionaria tiene otras vías para obtener la solución a sus derechos conculcados. Añade que no existe vulneración al mínimo vital por cuanto la peticionaria recibe actualmente su salario mensual.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Primera. La Competencia.

En atención a lo dispuesto por los artículos 86, inc. 3 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la sentencia que resolvió la acción de la referencia, en virtud de la selección que practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó de acuerdo al reglamento de esta Corporación.

Segunda. La acción de tutela y los particulares

Como quedó expuesto en los antecedentes de este proceso, la acción de tutela que se revisa fue interpuesta por la peticionaria en contra de la Clínica - Centro Médico Daniel Peralta S. A., razón por la cual debe analizar esta Sala la viabilidad de la misma frente a particulares, especialmente cuando media una relación laboral entre los demandantes y el demandado. Esta Corporación en múltiples decisiones judiciales[1] ha expuesto, reiteradamente, que la acción de tutela procede contra particulares cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, por que así lo dispone expresamente el artículo 86 de la Constitución Política en concordancia con los numerales 1 a 9 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

En relación con el significado de la expresión "subordinación" en materia de tutela, la jurisprudencia constitucional de esta Corte ha establecido lo siguiente:

"Tanto el artículo 86 de la Constitución como el numeral 4° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1.991 utilizan los términos "subordinación" e "indefensión" que en su sentido jurídico significan:

"Subordinación": Condición de una persona sujeta a otra o dependiente de ella. En el derecho laboral constituye el elemento característico y el más importante del contrato de trabajo, de tal manera que cuando existe, comienza hacia esa relación contractual la tutela del Estado".

"Indefensión": La violación del derecho de defensa y su garantía constitucional colocan a la persona en estado de indefensión. La indefensión se produce cuando una persona, sin culpa de su parte, no ha podido defenderse o defender sus derechos

1 T-605/92, T-609/92, T-412/92, T-290/93

conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio"[1]

En el numeral 4° se protegen los derechos fundamentales que pueden ser vulnerados o amenazados por una organización privada con la sola condición de la relación de subordinación o indefensión con tal organización, es decir no se condiciona al ejercicio de determinado derecho, sino que se hace referencia a una situación concreta." (Sentencia T-412 de 1992, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En efecto, como quiera que entre la demandante y el demandado existe una vinculación de orden laboral, la subordinación constituye presupuesto esencial dentro de los contratos de trabajo en virtud del artículo 23 del C.S. de T. En consecuencia de lo anterior, considera la Sala que nos encontramos ante la hipótesis de viabilidad jurídica de este mecanismo constitucional entre particulares que tanto el constituyente en el artículo 86 C.P. como el legislador en el numeral 4 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, previeron como causal dentro

Tercero. Del incumplimiento de la demandada en el pago de los aportes por salud.

Las afirmaciones que hace la actora, permiten a esta Sala observar, que la empresa demandada viene descontando de los salarios de la trabajadora los aportes que por ley deben destinarse al sistema de seguridad social, para recibir los beneficios del sistema de salud; así, no obstante hacer los descuentos de nómina, a sus empleados, por los riesgos de salud, vejez y riesgos profesionales, la demandada no traslada dichos valores al Instituto de Seguros Sociales, ni sufraga, además la proporción que como empleador le compete aportar. Esta circunstancia motiva la presente reclamación judicial pues tanto la reclamante como sus beneficiarios, han perdido la posibilidad de ser evaluados y atendidos cuando lo requieran, por la imposibilidad de acceder al sistema de seguridad social, porque además los carnets están vencidos desde diciembre de 1996, y todo por causa del incumplimiento del empleador en efectuar los pagos correspondientes a los aportes obrero-patronales, a los cuales está obligado por ley.

Las aseveraciones de la actora son confirmadas por la misma clínica, cuando al referirse a su situación económica en escrito enviado al Juez de primera instancia sostuvo: "... me permito informar que a la señora Teresa Báez Rodríguez no se le ha cancelado lo correspondiente al subsidio familiar desde abril de 1996. Por otra parte les informamos que no estamos al día en los pagos correspondientes a pensión, salud y riesgos profesionales de dicha trabajadora...".

Esta Corporación, en un caso similar al sub examine, sostuvo que cuando un patrono no efectúa las transferencias de los aportes obrero-patronales de seguridad social, efectivamente deducido de los salarios, como ocurre en el presente caso, amenaza los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los trabajadores. En efecto, en sentencia T-398 de 1996, consideró la Corte lo siguiente:

"Para la Sala, la mora en que ha incurrido la Alcaldía de Ponedera en su obligación de pagar los aportes a la entidad de seguridad social, promotora de salud, en

la que están inscritos el actor y sus beneficiarios, sí constituye una amenaza a sus derechos a la vida y la salud. ¿Por qué? Porque, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte (sentencias C-134 y T-011 de 1993, magistrado ponente doctor Alejandro Martínez Caballero; y T-116 y T-356 de 1993, y T-154A de 1995, magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara), ***existe una estrecha relación o conexidad entre el derecho fundamental a la seguridad social y los derechos del mismo rango a la vida y la salud****. Así las cosas, no es difícil ver que la posibilidad de que a la parte actora se le cierren las puertas de la seguridad social, por falta de las obligatorias transferencias de los aportes efectivamente deducidos de su sueldo por su patrono, constituye una amenaza a sus derechos fundamentales a la vida y la salud. En consecuencia, la Sala, a fin de prevenir daños irremediables a estos derechos, habrá de conceder la tutela solicitada en favor del señor Muñoz Barraza, todo lo cual, por la naturaleza de las cosas, automáticamente se extenderá también a los beneficiarios legales, cualesquiera que ellos sean. Esta última consideración demuestra que a pesar de la imposibilidad de aceptar como partes a la esposa y a los hijos del demandante, si ellos figuran como beneficiarios del señor Muñoz Barraza ante la empresa promotora de salud, en la práctica la prosperidad de la tutela también los cobijará.*

"Cabe anotar, además, que la Corte ha dicho que cuando por la desatención del derecho a la salud se puede comprometer el derecho a la vida, aquél es susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela. Así, la mencionada sentencia T-154A de 1995, citando el fallo T-116 de 1993, dice:

"De la misma manera, la Corte Constitucional ha expresado en repetidas ocasiones que la salud es un derecho fundamental por su conexidad con los derechos a la vida, a la integridad física y al trabajo, los cuales también son fundamentales. Ha dicho la Corporación:

"A pesar de no aparecer dentro del Capítulo 1, Titulo II de la Constitución, que se refiere a los Derechos Constitucionales Fundamentales, adquiere esa categoría por considerarlo, como lo ha hecho esta Corporación, un "derecho fundamental por conexidad, los cuales son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida".

"Todo lo anterior permite concluir que en la Constitución de 1.991 la salud de los colombianos es - por conexidad - un derecho fundamental cuya efectividad corresponde en buena medida garantizar al Estado, tomando muy en cuenta las específicas necesidades de su titular y los recursos existentes para satisfacerlas. (...)

"El derecho a la salud (CP art. 49), cuando su vulneración o amenaza compromete

otros derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, o está relacionado íntimamente con la protección de estos, goza de carácter fundamental y es susceptible de ser protegido por vía de la acción de tutela. Cuando no lo es, por el contrario, no puede ser amparado a través de éste mecanismo." (M.P. Dr. Jorge Arango Mejía).

Así mismo, en reciente pronunciamiento, T-072 de 1997, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la Sala Novena de Revisión de esta Corte, con relación al tema de la mora en el pago de los aportes obrero-patronales al ISS, sostuvo que si a pesar de afiliar a los trabajadores, los patronos no cumplen con la obligación de cancelar los aportes que por ley deben hacer al sistema de seguridad social, las consecuencias legales de la renuencia, previstas en el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, no puede afectar el derecho fundamental del trabajador a la seguridad social; por tanto al margen de la omisión patronal, la entidad de Seguridad Social debe continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer todos los mecanismos legales y administrativos tendientes al cobro de las cuotas o aportes obrero-patronales a los empresarios morosos.

En consecuencia de lo anterior, estima la Sala que, en el caso sub examine, existe una estrecha relación de conexidad entre el derecho fundamental a la seguridad social y los derechos del mismo rango a la vida y la salud de la peticionaria, en virtud a que la conducta negligente del patrono afecta el núcleo esencial de los derechos a la salud y a la vida, por la imposibilidad de acceder al sistema de salud debido a la falta de las obligatorias transferencias de los aportes obrero patronales, los cuales fueron efectivamente deducidos de sus salarios, con lo cual se desconoce el principio constitucional de irrenunciabilidad de la seguridad social como manifestación concreta del estado social de derecho. (Cfr. en el mismo sentido T-202 de 1997, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz).

Por lo tanto, estima la Sala que es viable la acción de tutela para prevenir daños irremediables a los titulares del derecho a la seguridad social y a sus beneficiarios; por consiguiente, ordenará al representante legal de la Clínica de Bucaramanga, hacer a la mayor brevedad posible todo lo que sea necesario para ponerse y mantenerse al día en el pago de las cuotas o aportes legales obrero patronales de la trabajadora Teresa Báez Rodríguez.

De otra parte, la Sala de Revisión ordenará al ISS tomar todas las medidas legales y administrativas que considere necesarias, con relación a la Clínica Bucaramanga por no transferir oportunamente los aportes legales obrero-patronales de la demandante; e igualmente el referido instituto no puede dejar de prestar los servicios médicos a la peticionaria y sus familiares, como es su obligación constitucional y legal, independientemente de las vicisitudes que surjan en las relaciones jurídicas entre la entidad y el patrono de acuerdo con lo previsto en el artículo 161 numeral 3 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 27 decreto 1818 de 1996, que a su vez modificó el artículo 38 del decreto 326 de 1996.

Finalmente, en relación con la pretensión de ordenar a la empresa demandada la cancelación del subsidio familiar adeudado a la trabajadora, estima la Sala que la acción de tutela no es la vía judicial para reclamar ese tipo de derechos laborales, como quiera que existen otros medios de defensa, previstos por el legislador, para reclamar ante la justicia ordi-

naria laboral, mediante procedimientos pertinentes los derechos laborales adeudados.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, de fecha 24 de abril de 1997.

Segundo. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga con fecha 17 de marzo de 1997, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Tercero. ORDENAR a la Clínica - Centro Médico Daniel Peralta S. A., que proceda a ponerse y mantenerse al día en el pago de las cuotas o aportes obrero patronales de la trabajadora Teresa Báez Rodríguez dentro del término máximo de sesenta (60) días, contados a partir de la notificación de esta providencia.

Cuarto. PREVENIR al ISS para que continúe prestando los servicios médicos a la peticionaria Teresa Báez, e inicie los trámites y tome las medidas que considere necesarias, tanto legales como administrativas, en relación con la Clínica Bucaramanga para obtener el pago de las transferencias de los aportes obrero-patronales a que se refiere este caso.

Quinto. LIBRENSE por Secretaria las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-452
septiembre 18 de 1997

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 que el ser humano adquiera herramientas que le permitan en forma eficaz desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información que existe a su alrededor y ampliar sus conocimientos a medida que se desarrolla como individuo; 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-Vulneración por interrupción de estudios por no pago de matrícula

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de pensiones a centro educativo

El centro educativo puede asegurar el cobro formal y directo de la suma adeudada por el padre del peticionario, utilizando las vías legales previstas en la normatividad civil, sin necesidad de frustrar el acceso al colegio y por ende obstaculizar el derecho a la educación del menor; se advierte sin embargo al padre de éste, que la orden de tutela no lo libra de la obligación de pagar lo debido al plantel.

Reiteración de jurisprudencia

Referencia: Expediente T-133433

Actor: Luis Hernando León

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Honorables Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz, procede a revisar las sentencias dictadas en el proceso de la referencia, proferidas por el Juzgado treinta y dos Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, y Quince Civil del Circuito de la misma ciudad, de fechas 19 de marzo y 5 de mayo de 1997 respectivamente.

I. ANTECEDENTES

El peticionario Luis Hernando Leon Cifuentes, presentó en nombre de su hijo menor Joan Sebastián León T, acción de tutela en contra del Señor Alvaro Suárez, propietario del Pre-escolar "Pre-escolar". Considera vulnerado el derecho a la educación y relata en la demanda que el día seis (6) de marzo del año en curso, el accionado impidió el acceso del menor Joan Sebastián a la Institución alegando el no pago de la pensión y afirmando además que así pagara no lo volvería a recibir. La deuda es de $ 236.000 más $105.000 de útiles escolares, los cuales no ha podido cancelar por la difícil situación económica que afronta.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES MATERIA DE REVISION

A. La Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Treinta y dos Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, mediante sentencia de 19 de marzo de 1997, resolvió conceder la tutela impetrada y ordenó al accionado permitirle al niño Joan Sebastián León, el acceso a las labores normales del establecimiento educativo. Teniendo en cuenta varias providencias de la Corte Constitucional referidas al derecho a la educación, el fallador de primera instancia considera lo siguiente:

"De tal suerte que de los supuestos fácticos puestos en conocimiento del juez de tutela, se desprende la vulneración del derecho a la educación en cabeza del menor, pues como se dijo en párrafos anteriores, el accionado goza de otros medios judiciales para exigir el cumplimiento del contrato celebrado al momento de la matrícula escolar de conformidad al reglamento general de la Institución, empero no ostentando el privilegio de condicionar la prestación de su servicio esencial al pago de una suma de dinero, cuando hay mecanismos idóneos para satisfacer esa deuda."

B. La Sentencia de Segunda Instancia.

Mediante sentencia de mayo 5 de 1997, el Juzgado Quince Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, revocó el fallo mencionado y negó el amparo solicitado, señalando al efecto que, dentro de la autonomía del centro educativo, se encuentra la atribución de dar por terminado el contrato por el no pago oportuno de dos o mas meses de pensión, al igual que el no suministro de los implementos necesarios. No se vulnera el derecho a la educación en su núcleo esencial, ya que el tutelante bien puede acceder a otros establecimientos de educación en los que muy seguramente tendrá que permanecer en igualdad de condiciones a los demás.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. La Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de las sentencias proferidas dentro del asunto de la referencia, de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 86 y en el numeral 9 del artículo 241, ambos de la Carta Política, desarrollados en los artículos 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991, y en atención a la selección que se hizo en la oportunidad establecida en la ley y en el reglamento de la Corporación.

B. La Materia

Como en varias oportunidades lo ha precisado esta Corporación, la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación del servicio público de educación, según lo ha establecido la propia Carta y, en desarrollo de ella por el artículo 42 numeral 1 del Decreto 2591 de 1991.

En diversos pronunciamientos la Corte ha sostenido que el derecho a la educación participa de la naturaleza de fundamental porque resulta propio de la esencia del hombre ya que realiza su dignidad; además porque está reconocido tanto expresa (art. 27 y 44) como tácitamente (art. 67) y se encuentra amparado por tratados internacionales sobre derechos suscritos por nuestro país y ratificados por el Congreso de la República.

En efecto, el derecho a la educación debe entenderse como factor de desarrollo humano, su ejercicio es uno de los elementos indispensables para que el ser humano adquiera herramientas que le permitan en forma eficaz desempeñarse en el medio cultural que habita, recibir y racionalizar la información que existe a su alrededor y ampliar sus conocimientos a medida que se desarrolla como individuo; 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.

En otro orden de ideas, la Corte Constitucional, en sentencias T-612 de 1992 y T-425 de 1993, ha sostenido que cuando una persona es admitida por una institución educativa de carácter particular, a través del acto de la matrícula, se constituye un vínculo contractual en virtud del cual el educando adquiere el derecho de recibir la ilustración y educación correspondiente a un determinado grado, sometiéndose a los reglamentos y estatutos académicos y disciplinarios del Colegio, a cambio del pago de las sumas que el plantel tiene establecidas como remuneración por el servicio que presta, garantizándose el derecho a la educación y al propio tiempo la intangibilidad del derecho del colegio al cobro de las deudas por concepto de mensualidades, a través de los procesos judiciales correspondientes.

En el asunto que se examina, el fallador de primera instancia, estimó que el colegio contra el cual estuvo dirigida la acción de tutela vulneró el derecho a la educación del niño Joan Sebastián León T. por cuanto so pretexto de hacer cumplir el reglamento, no se puede sus-

pender el acceso a la educación, máxime cuando el accionado goza de otros medios para hacer efectivo el cumplimiento del contrato de matrícula. Comparte plenamente esta Sala de Revisión tal argumentación por ajustarse a la jurisprudencia de esta Corporación sobre la materia; en efecto, en asunto similar al que ahora ocupa la atención de esta Sala, la Corte Constitucional, en sentencia T-27/94 dijo:

"Pues si bien es cierto el derecho a la educación comporta una dimensión académica y una dimensión civil o contractual. La primera de ellas dice es relación con la aspiración humana de obtener conocimientos y de lograr así un ideal de perfección; la segunda en cambio, tiene que ver con el contrato que se celebra "al momento de una matricula escolar", del que son partes el centro docente y los educandos "o si estos son menores los padres de familia" en su representación. Dentro de la relación contractual que se establece cada parte adquiere derechos y contrae obligaciones. Así por ejemplo, "los padres están en el derecho de exigir del plantel educativo una calidad de educación y en general el cumplimiento de las obligaciones académicas y civiles..." y como contrapartida soportan consiguientes deberes.

El estudiante menor de edad "no es propiamente parte en el contrato que se celebra al momento de la matrícula, sino beneficiario del mismo" y en tal calidad adquiere el derecho "a recibir normalmente las clases, a exigir una calidad en la educación, y en general a estudiar en un medio apto para su formación integral" e igualmente "y desde el punto de vista civil, el educando tiene derecho a recibir oportunamente los certificados que acrediten sus calificaciones y la terminación de sus estudios", correlativamente el estudiante ha de cumplir los deberes propios del proceso educativo". (Cfr. Sentencia T-27 de enero 28 de 1994. M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara).

En este mismo sentido, la Corte en sentencia T-612 de 1992, consideró, en otro caso similar al presente, lo siguiente:

"Pues si bien es cierto que los planteles educativos tienen derecho a recibir los pagos de matrículas, pensiones, etc, provenientes de la ejecución del contrato educativo no es menos cierto que resulta contrario a la propia naturaleza impuesta por el nuevo orden constitucional a esta clase de contratos, que la exigibilidad de dichos pagos tenga como elemento adicional la posibilidad de retención del resultado de la actividad educativa del educando, hasta cuando se produzca la aludida solución crediticia. En consideración a que la parte mencionada del precepto que se subraya autoriza tal comportamiento, las concepciones del Estado Social de Derecho sobre el alcance de los derechos fundamentales, no admiten la regulación jurídica señalada por ser claramente inconstitucional. En consecuencia se inaplicará la parte transcrita y subrayada del artículo 14 del Decreto 2541 de 1991 al caso en estudio de esta Sala, consideraciones que son igualmente válidas para inaplicar el artículo 5° del Decreto 3486 del nueve (9) de diciembre de 1981".

En relación con la coexistencia de derechos, estimó la Corte, en aquella oportunidad:

"... 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. Lo que en el caso concreto encuentra la Corte inadmisible es el condicionamiento de la primera realidad a la segunda, del certificado de estudios al pago, lo que pone a existir los dos derechos relacionados uno con independencia del otro, sin que pueda uno condicionar a otro, como tampoco podría el educando exigir un certificado inmerecido, como resultado de haber surtido el pago oportuno". (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).

En el presente caso, el reglamento del Pre-escolar Viviendo y Aprendiendo, contiene una cláusula, que a juicio de las directivas autoriza a proceder de la manera como se hizo con el tutelante y que reza así: **"el retraso en el pago de pensiones por dos o mas meses será causal de terminación del contrato de matrícula extemporáneamente".**

Esta parte subrayada del reglamento resulta en sentir de esta Sala de Revisión, contraria a la Constitución, por cuanto establece un condicionamiento al derecho fundamental a la educación que puede llegarlo a limitar de manera desproporcionada e incluso definitiva.

Ahora bien, el centro educativo demandado, puede asegurar el cobro formal y directo de la suma adeudada por el padre del peticionario, utilizando las vías legales previstas en la normatividad civil, sin necesidad de frustrar el acceso al colegio y por ende obstaculizar el derecho a la educación del menor; se advierte sin embargo al padre de éste, que la orden de tutela no lo libra de la obligación de pagar lo debido al plantel.

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 en todas sus partes el fallo proferido por el Juzgado Quince Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, el 5 de mayo de 1997 y en su lugar confirmar el fallo del Juzgado treinta y dos Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, de 19 de marzo de 1997 que tuteló el derecho a la Educación del peticionario Luis Hernando León en representación de su menor hijo, contra el Colegio Pre-escolar Viviendo y Aprendiendo de la ciudad de Santa Fe de Bogotá. Lo anterior, en razón a la inaplicación del fragmento del reglamento

estudiantil que se consideró en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. PREVENIR a las directivas del Colegio Pre-escolar Viviendo y Aprendiendo para que en ningún caso vuelvan a incurrir en actuaciones como las que dieron mérito para conceder la acción de tutela.

Tercero. PREVENIR a los padres del menor Joan Sebastián León en el sentido de que el haber obtenido la tutela, no lo exime de la obligación de pagar el servicio educativo recibido; en consecuencia deberá cancelar el valor de la deuda, con el fin de proteger también el legítimo derecho del Pre-escolar Viviendo y Aprendiendo de la ciudad de Santa Fe de Bogotá.

Cuarto. COMUNICAR el contenido de esta Sentencia al Ministerio de Educación Nacional, a la Federación Nacional de Rectores y Colegios Privados -Fenarcop-, y al ICFES.

Quinto. LIBRENSE, por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-453
septiembre 18 de 1997

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia general/**JUEZ DE TUTELA**—Improcedencia de nuevo análisis sobre calificación del material probatorio salvo equivocación manifiesta/**PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL**—Improcedencia de nuevo análisis sobre calificación del material probatorio salvo equivocación manifiesta.

La calificación del material probatorio no puede ser objeto de un nuevo análisis por parte del juez de tutela, ya que ello equivaldría a invadir la órbita de competencia del juez natural, y de su autonomía judicial, en lo concerniente a la formación del convencimiento, salvo que exista una equivocación manifiesta en la estimación probatoria. Por ello, en el caso sub examine se hace necesario reiterar que, por regla general, la acción de tutela no procede contra las providencias judiciales, en vigencia del principio de independencia de los jueces y que la misma sólo es aceptable de manera excepcional, en el evento de que en esas decisiones se configuren actuaciones de hecho contrarias al ordenamiento jurídico vigente, de tal forma que el funcionario judicial incurra al emitirla una vía de hecho.

Referencia: Expediente T-133.568

Peticionario: Bernardo Cañas

Magistrado Ponente : Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogot·, D. C., dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

En desarrollo de sus atribuciones constitucionales y legales, la Sala Sexta de RevisiÛn de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morún Díaz, procede a revisar la sentencia proferida en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud.

El señor Bernardo Cañas, actualmente recluido en la Penitenciaría Central de Colombia "La Picota", formuló acción de tutela en contra de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales que estimó vulnerados con la decisión adoptada dentro del proceso penal en el cual se le condenó por los delitos de tentativa de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado, también en la modalidad de tentativa, toda vez que, en su concepto, el acervo probatorio no fue valorado en sana crítica.

2. Los Hechos.

El señor Bernardo Cañas fue condenado penalmente por los delitos antes mencionados, mediante sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, decisión que fue apelada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad, el cual confirmó el fallo mediante la Sala de Decisión Penal, toda vez que se demostró su participación en el atentado perpetrado en contra de William Ariel Murcia Jara y Martha Isabel Rojas Linares, con el fin de despojarlos de una suma de dinero (12 millones de pesos). Durante los hechos se produjo un intercambio de disparos que dejó heridos tanto a los atacantes como a las víctimas, una de estas de gravedad, la señora Rojas, quien quedó paralítica.

Inconforme con las anteriores providencias, el señor Cañas acudió a la acción de tutela en contra de la decisión adoptada en segunda instancia por los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio *"para que prevalezcan mis derechos Fundamentales y Constitucionales donde se me viene vulnerando mi dignidad humana y mi integridad personal"*, fundamentándose en la existencia de vacíos probatorios y actuaciones indebidas de los funcionarios que adelantaron la etapa instructiva y de juicio en la investigación penal de la cual fue objeto, ratificados por el Tribunal en la resolución de segundo grado, y que se pueden sintetizar de la siguiente forma :

1.) indebida calificación de las pruebas por el fiscal que adelantó la investigación y que sustentaron los cargos por porte ilegal de armas y por tentativa de hurto, por cuanto dice que el arma fue encontrada a 12 metros de donde cayó de la moto en la que se movilizaba y dado que no se probó que la víctima llevara el dinero objeto de la agresión; **2.)** exceso en el ejercicio de las funciones de la Juez Segunda Penal del Circuito de Villavicencio, al omitir valorar la prueba de absorción atómica practicada, que arrojó que él no tenía residuos de pólvora; y **3.)** falta de evaluación del resultado del examen de balística de la pistola encontrada en el lugar de los hechos, que desmentiría el testimonio de una de las víctimas, en el sentido de que el actor le disparó.

La mencionada acción de tutela fue instaurada inicialmente ante el Tribunal Nacional de Santafé de Bogotá, el cual se declaró incompetente con base en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, puesto que el lugar de ocurrencia de la presunta violación de los derechos del accionante fue la ciudad de Villavicencio, procediendo a devolver el expediente al accionante para que adelantara el trámite ante la autoridad competente.

Presentada nuevamente la acción de tutela, correspondió por reparto al Juzgado Segundo Penal de Circuito de Villavicencio, el cual también se declaró incompetente para conocer, argumentando que, no obstante su calidad de juez de tutela y sin querer revivir el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991, no podía *"revisar e imponer eventuales determinaciones"* a su superior, es decir la Sala Penal del Tribunal, por la decisión emitida en la instancia penal y atacada por el actor, ya que estaría atentando contra la estructura y propósito de la jerarquía de la rama judicial y de la competencia funcional. Por consiguiente, consideró pertinente que del asunto conociera una autoridad del mismo nivel del Tribunal accionado, razón por la cual remitió el expediente al Tribunal Superior de Villavicencio, en su Sala Penal, la cual dio traslado a la Sala Civil-Laboral de la misma Corporación, y esta última profirió el fallo de tutela materia de revisión.

La Sala de Selección No. Seis de la Corte Constitucional procedió a su escogencia y reparto, asignando el conocimiento del proceso a la Sala Sexta de Revisión, de conformidad con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

II. LA DECISION JUDICIAL QUE SE REVISA.

Mediante fallo del 6 de mayo de 1997, la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio negó la tutela. En sustento de su decisión, manifestó que la inconformidad del accionante se redujo a objetar la calificación probatoria realizada, tanto en la investigación del fiscal como en las providencias emitidas en el juicio penal, lo cual no es suficiente para que el juez de tutela adopte decisiones paralelas, ni revise procesos concluidos por otras autoridades competentes, porque, de un lado, durante la investigación el interesado pudo haber utilizado los recursos ordinarios y ejercer la defensa técnica necesarios *"para corregir los yerros en que se hubiera incurrido"* y, de otro, ya que el actor contaba con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia para obtener la revisión de esas decisiones judiciales, en las cuales, afirma, no se observa una vía de hecho.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de RevisiÛn, para proferir sentencia en relaciÛn con la anterior providencia, con base 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.

2. La materia a examinar.

En el asunto sometido a revisión de la Sala, la acción de tutela se dirige contra la providencia judicial dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, el día 4 de marzo de 1997, con el fin de demostrar la ocurrencia de una presunta violación de los derechos fundamentales del actor, por la decisión adoptada en el trá-

mite de segunda instancia en el proceso penal cursado en su contra, en razón a una indebida estimación de las pruebas recaudadas durante la investigación y juicio, que finalmente determinaron su condena.

De manera que, corresponde a la Sala analizar, a continuación, si se configura o no la vulneración de algún derecho fundamental del accionante frente a la presunta existencia de una vía de hecho en las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales que intervinieron en el mencionado proceso penal.

3. Incompetencia en la presente acción de tutela.

Previamente a la revisión del fallo que ocupa la atención de la Sala, se estima necesario hacer una breve referencia a la actuación adelantada por el Tribunal Nacional de SantafÈ de Bogot·, durante el trámite de la acción de tutela objeto de estudio, toda vez que se declaró incompetente para conocer del asunto en razón del factor territorial, en aplicación del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, rechazando la demanda de tutela, bajo el argumento de que debìa formularse ante la autoridad competente por el lugar de los hechos, o sea la ciudad de Villavicencio.

Sobre el particular, se señala como en otras oportunidades lo ha manifestado esta Corporación, que dicho Tribunal ha debido remitir el asunto *sub lite* al funcionario judicial competente, respetando la jerarquía de la autoridad judicial ante la cual se formuló inicialmente la acción y notificando de lo actuado al demandante[1], en lugar de haber rechazado la demanda y devuelto las diligencias al demandante, ya que sólo, de esa manera, la actuación del juez o tribunal que carece de competencia, armoniza con la acción de tutela y desarrolla el ordenamiento superior vigente.

4. Análisis del caso.

El fundamento de la acción de tutela que se analiza se concreta a la queja formulada por el actor contra la decisión, en segunda instancia, de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en cuanto confirmó la providencia del juez de primer grado, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, que lo condenó por los delitos de tentativa de homicidio agravado en concurso con porte ilegal de armas y hurto calificado y agravado, también en la modalidad de tentativa, por estimar que allí se ratificó una apreciación indebida, según la sana crítica, del acervo probatorio efectuada por el fiscal investigador y la juez de la causa, como producto de extralimitaciones de dichos funcionarios y que, por lo tanto, amerita una protección constitucional.

Como se puede observar, la denuncia carece de una precisión clara del derecho fundamental violado o amenazado ; de manera que, solamente dentro de una interpretación de la misma se puede colegir, como lo hizo el juez de instancia, que la inconformidad del actor estriba sobre la actuación judicial, enmarcada dentro de los alcances del derecho

1 Ver la Sentencia T-080/95, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

fundamental al debido proceso (C.P :, art. 29), durante el desarrollo de un proceso penal.

Acerca de ese derecho, vale la pena recordar que del mismo es titular toda persona, natural o jurídica, en la medida en que constituye una garantía para la protección de sus derechos y libertades públicas durante las actuaciones administrativas y judiciales, dado que las somete, desde su inicio hasta la culminación, a procedimientos y requisitos legalmente señalados, a fin de asegurar la legalidad y certeza jurídica que deben revestir las resoluciones que allí se adopten. Como lo ha expresado esta Corporación, el mencionado derecho es *"...el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de Derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem. ... Es debido aquel proceso que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarios para garantizar la efectividad del derecho material."*. [2]

En este orden de ideas, la inadvertencia de las formas propias y de los principios esenciales que dan contenido al mencionado derecho y que rigen cada proceso, configuran un desconocimiento del mismo y, además, un quebrantamiento del derecho de acceso a la administración de justicia (C.P., art. 229).

En criterio del juez de instancia dentro del proceso de tutela, la actuación del fiscal a quien correspondió la investigación y calificación de las pruebas para emitir la resolución de acusación, no desconoció ningún derecho fundamental del actor, es más, en caso de haberse presentado un desacuerdo con la valoración probatoria, según ese funcionario existía en favor del petente los recursos ordinarios y de defensa técnica necesarios para corregirla. En igual dirección se pronunció respecto de la actuación de la juez de primera instancia en lo penal, argumentando que de haber existido yerros jurídicos en aquella, el procesado ha debido hacer uso del recurso extraordinario de casación.

Ahora bien, cabe agregar que la investigación y juzgamiento son dirigidos por el funcionario instructor y el juez material de la causa, respectivamente, de conformidad con las garantías sustanciales y procesales que forman parte esencial del debido proceso, para que aseguren así la *"...legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles..."* [3], en especial y para lo que a este caso se refiere, respecto del principio de la defensa técnica del investigado o procesado, en lo que hace a la evaluación de las pruebas que se decretan y practican en su contra, en la medida en que puedan ser controvertidas por ellos.

La Sala estima que la calificación del material probatorio en que se centra la acusación del demandante, no puede ser objeto de un nuevo análisis por parte del juez de tutela, ya que ello equivaldría a invadir la órbita de competencia del juez natural y de su autonomía judicial, en lo concerniente a la formación del convencimiento, salvo que exista una equivocación manifiesta en la estimación probatoria. Al respecto la Corte ha señalado :

---

2 Sentencia T-001/93, M.P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.
3 Sentencia T-039/96, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

"No obstante lo anterior advierte la Sala, que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. 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, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones.".[4]

Por ello, en el caso *sub examine* se hace necesario reiterar que, por regla general, la acción de tutela no procede contra las providencias judiciales, en vigencia del principio de independencia de los jueces (C.P. arts. 228 y 230), y que la misma sólo es aceptable de manera excepcional, en el evento de que en esas decisiones se configuren actuaciones de hecho contrarias al ordenamiento jurídico vigente[5], de tal forma que el funcionario judicial incurra al emitirla en una vía de hecho.

Como lo ha afirmado en forma categórica la Corte, las notorias irregularidades en los procesos implican un desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y, eventualmente, de otros derechos de la misma naturaleza, pero que cualquier defecto procesal no es tutelable, pues se requiere que la conducta de la autoridad judicial transgreda grave e inminentemente un derecho de esa naturaleza ; adicionalmente, no todo lo que lesiona un derecho fundamental configura una vía de hecho atacable por el camino de la acción de tutela, pues, de lo contrario, se le estaría reconociendo no un carácter subsidiario sino principal que no posee[6], y que convertiría a la tutela en una super instancia judicial, so pretexto de obtener la protección de derechos fundamentales para fines distintos a los establecidos por el Constituyente de 1991.

Con fundamento en los lineamientos constitucionales antes esbozados, la Sala examinó la sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio, del 17 de mayo de 1996, y observó que la decisión se obtuvo a través de la práctica de varios medios probatorios y el suministro de información por parte de funcionarios competentes, como fueron : la diligencia de inspección judicial en el lugar del atentado, informes de la Policía, el reconocimiento en rueda de personas por una de las víctimas, además de todos los indicios que demostraron su participación en los hechos. Lo anterior, unido a las falsas justificaciones de los inculpados respecto de lo investigado y probado, llevaron a la juez de primer grado a que declarara la responsabilidad penal del accionante, argumentando frente a la defensa que *"...éstos tratan de cuestionar la debilidad de la prueba y aparecer incluso como víctimas de la Fiscalía, dice CAÑAS que faltaron pruebas, pero observemos cómo tuvo su oportunidad de solicitarlas y reiterarlas*

4 Sentencia T-442/94, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell
5 Ver la Sentencia C-543/92, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo
6 Ver la Sentencia T-327/94. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa

y no lo hizo, de manera que sus argumentos carecen de fundamento...".

Apelada la mencionada providencia, con base en las inconsistencias alegadas en la evaluación de las pruebas realizada por el fiscal investigador y la juez de la causa, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio concluyó que el sustento de dicho recurso era totalmente infundado y *"..sólo correspondía a la mera actividad defensiva de los procesados y por lo mismo tales alegaciones no tienen la virtualidad, pero ni remotamente, de minar la credibilidad que merece el testimonio del ofendido..."*, agregando que aquellos lo que intentaron para defenderse fue pasar como simples espectadores en el lugar del atentado e infortunadas víctimas de los hechos, pero que la fuerza de las evidencias los desmintieron absolutamente y pusieron al descubierto su activa participación.

Al corroborarse que existió un fundamento razonable y pertinente para que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio adoptara la decisión mencionada, con base en la valoración probatoria efectuada[7] y para que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio la confirmara, contra la cual además procedían los recursos pertinentes dentro del mismo proceso, se concluye que las providencias judiciales no fueron proferidas en forma caprichosa y arbitraria o con ostensible contradicción del ordenamiento jurídico vigente o por fuera de la competencia funcional atribuida constitucional y legalmente, que hubiere lesionado los derechos fundamentales del actor, y que pudiese llevar a considerar que su contenido presentaba el defecto del vicio de la vía de hecho[8].

Por consiguiente, las decisiones adoptadas no contienen, en criterio de la Sala, una irrazonable apreciación probatoria que entrañe un manifiesto error, como tampoco la imposición de la voluntad subjetiva de las autoridades judiciales que las profirieron, sino que, más bien, son producto de la interpretación del ordenamiento jurídico penal vigente, de la tipificación penal de las conductas de los autores por parte del funcionario judicial competente y de la dosificación punitiva correspondiente.

De otro lado, es conveniente indicar, como adecuadamente lo hizo el juez de tutela, que el actor contaba con los mecanismo procesales ordinarios para controvertir las resoluciones que se producían en el transcurso del proceso penal, entre otros, como la posibilidad de formular nulidades según lo consagrado en el Código de Procedimiento Penal, arts. 304 al 308, y utilizar el recurso extraordinario de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por supuestos errores de hecho, conforme lo establece el Capítulo VIII de ese mismo Estatuto.

En conclusión, al no hacerse patente un error grave y ostensible en el juicio valorativo de las pruebas tenidas en cuenta para la decisión que condenó al señor Bernardo Cañas como autor de los delitos ya referidos, y en la medida en que el juez de tutela no puede convertirse en una tercera instancia de los asuntos de la competencia de otras jurisdicciones, ni entrar a desplazar en su competencia a las demás autoridades judiciales, la Sala confirmará

7 Ver la Sentencia T-086/97, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
8 Ver la Sentencia T-231/94 M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la decisión de la Sala Civil -Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en sede de tutela, que negó la tutela al señor Bernardo Cañas en contra de los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

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 la Sala Civil-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, proferida el 6 de mayo de 1997, que negó la acción de tutela promovida por el señor Bernardo Cañas en contra de las actuaciones del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Villavicencio y de la Sala Penal de ese mismo Tribunal.

Segundo.- LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-454
septiembre 18 de 1997

DERECHO DE PETICION Y VIA GUBERNATIVA/RECURSO DE VIA GUBERNATIVA-Pronta resolución

El derecho de petición como derecho constitucional fundamental no se concreta en presentar peticiones respetuosas a las autoridades, y a obtener de las mismas una pronta respuesta, sino que también se hace extensivo a la respuesta pronta y efectiva que se espera de las autoridades, cuando ante ella se ha dado trámite a los recursos administrativos que contra sus actos administrativos procedan. Así, la vía gubernativa amen de ser una expresión más del derecho de petición, es por regla general una vía que debe ser agotada previamente a la iniciación de cualquier proceso contencioso administrativo contra la autoridad pertinente. Por esto, cuando por negligencia o demora injustificada, una autoridad no da respuesta dentro de los términos legalmente señalados a los recursos de la vía gubernativa que se hayan interpuesto contra sus actos, viola no sólo el derecho de petición de quien interpuso los mencionados recursos, sino que por otra parte, impide el inicio del correspondiente proceso contencioso administrativo. Es fundamental aclarar que el silencio administrativo negativo, no constituye una respuesta efectiva a las peticiones de los particulares cuando ya efectivamente el derecho fundamental de petición se encuentra violado.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-133722

Demandante: Alexandra Ripoll Alvarez

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fé de Bogotá D.C., a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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 Barranquilla, envió a la Corte Constitucional el expediente

de la referencia, para los efectos de la revisión constitucional del fallo proferido por ese despacho, con fecha veintidós de abril de 1997.

I. ANTECEDENTES

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 la sentencia proferida dentro de la acción de tutela promovida por la señora Alexandra Ripoll Álvarez, contra la universidad del Atlántico, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo.

A. HECHOS.

Los hechos que sirven de base a la señora Ripoll Álvarez para iniciar la presente tutela, se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

1. Manifiesta la accionante que la Universidad del Atlántico, mediante Resolución No. 000628 del 16 de julio de 1996, proferida por el señor Rector de dicha universidad, procedió a hacer unas nivelaciones, ascensos, promociones y traslados de trabajadores de dicha universidad, teniendo en cuenta para ello, la antigüedad de cada uno de los trabajadores.

2. De acuerdo con la mencionada resolución, en el numeral sexto de la misma, fue ascendida la señora Maritza de La Hoz, de la categoría de Auxiliar de Biblioteca Nivel 1 a la de Técnico de Servicios Públicos, cargo que en razón a la antigüedad que tiene, le debe corresponder a la aquí tutelante.

3. Contra dicha resolución, la demandante interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación, argumentando en ellos que el cargo al que fue ascendida la señora de La Hoz, le corresponde es a ella, en razón a su antigüedad como empleada de la universidad, de conformidad también con lo establecido por la Convención Colectiva de Trabajo de 1976, suscrita por el Sindicato de Profesores y Trabajadores de la Universidad del Atlántico y dicha Universidad.

4. Hasta la fecha, los recursos interpuestos contra la mencionada resolución no han sido resueltos, viéndose violados sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo, pues la resolución en cuestión la desmejora salarial y laboralmente.

B. PETICIONES.

Ante los hechos expuestos, la señora Alexandra Ripoll Álvarez, solicita le sea tutelados sus derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo como mecanismo transitorio para evitar así un perjuicio irremediable. Para esto solicita se ordene la inaplicación del numeral 6° de la resolución 000628 del 16 de julio de 1996, proferida por el mismo Rector de la universidad. De igual manera solicita al señor Rector de la Universidad del Atlántico, dé aplicación a los estatutos y a la Convención Colectiva de 1976, en los cuales se determina que

los ascensos de los trabajadores de dicha institución universitaria, se harán de acuerdo a su antigüedad y experiencia.

II. PROVIDENCIAS QUE SE REVISAN.

Mediante providencia del 7 de marzo de 1997, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Barranquilla, resolvió no conceder la tutela en primera instancia, interpuesta por la señora Alexandra Ripoll de Álvarez. Indica dicho juzgado que la misma peticionaria señala que contra la resolución expedida por el Rector de la Universidad del Atlántico, interpuso los recursos de reposición y apelación, a más de tener la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En cuanto a la solicitud de la protección tutelar como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, considera el a quo, que el caso particular de la demandante no reúne los elmentos de inminencia del perjuicio, gravedad del mismo y de su impostergabilidad, elementos esbozados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, los cuales son fundamentales para que se de la protección transitoria que ofrece la acción de tutela. Finalmente, señala que la demandante tiene a su alcance la posibilidad de solicitar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la suspensión provisional del acto administrativo por ella atacado, deteniendo así los efectos que este pueda producir.

Mediante decisión de segunda instancia de fecha 22 de abril de este año, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, resolvió confirmar la decisión proferida por el juez a quo. Para argumentar su decisión, el ad quem señaló que efectivamente la demandante dispone de otro mecanismo judicial para defender sus derechos presuntamente violados, como es la de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. A su vez indica, que no vislumbrándose un perjuicio irremediable, que justifique una protección inmediata y transitoria de sus derechos por parte de la tutela, no se justifica su amparo.

III. 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 en primera y segunda instancia por el Juzgado Quinto civil municipal y Segundo Civil del Circuito , ambos de la ciudad de Barranquilla.

B. El derecho de petición y la vía gubernativa. Derecho fundamental a que los recursos se resuelvan oportunamente.

El derecho de petición como derecho constitucional fundamental no se concreta en presentar peticiones respetuosas a las autoridades, y a obtener de las mismas una pronta respuesta, sino que también se hace extensivo a la respuesta pronta y efectiva que se

espera de las autoridades, cuando ante ella se ha dado trámite a los recursos administrativos que contra sus actos administrativos procedan. Así, la vía gubernativa amen de ser una expresión más del derecho de petición, es por regla general una vía que debe ser agotada previamente a la iniciación de cualquier proceso contencioso administrativo contra la autoridad pertinente. Por esto, cuando por negligencia o demora injustificada, una autoridad no da respuesta dentro de los términos legalmente señalados a los recursos de la vía gubernativa que se hayan interpuesto contra sus actos, viola no sólo el derecho de petición de quien interpuso los mencionados recursos, sino que por otra parte, impide el inicio del correspondiente proceso contencioso administrativo. Es fundamental aclarar que el silencio administrativo negativo, no constituye una respuesta efectiva a las peticiones de los particulares cuando ya efectivamente el derecho fundamental de petición se encuentra violado.

En Sentencia T-304 del 1 de julio de 1994, Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía, 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".

Por otra parte, es necesario indicar que lo planteado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, en el sentido de que la demandante puede emplear otro mecanismo jurídico de defensa como es, pedir la suspensión del acto administrativo que la afecta, no es un argumento valedero. En este sentido, la Corte Constitucional mediante sentencia T- 294 del 17 de junio de 1997, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo señaló lo siguiente :

"Tampoco es válido el argumento de la Corte Suprema según el cual existe además, como medio idóneo para evitar un perjuicio irremediable durante el trámite del pro-

ceso contencioso administrativo, la suspensión provisional del acto ficto.

"Vale la pena recordar que no todo acto administrativo materia de recurso es totalmente adverso al recurrente, como pasa justamente en el caso estudiado, ya que el acto recurrido reconocía un 50% de la pensión pretendida.

"Por ello, ejercido el recurso y ante la mora en resolver sobre el fondo del mismo, la suspensión provisional del acto ficto, en vez de solucionar el conflicto al particular en el plano específico del derecho constitucional a una oportuna respuesta -pues continúa para él la indefinición-, representaría poner en tela de juicio, inclusive, lo que ya le había reconocido la Administración.

"A juicio de la Corte, no tiene sentido hacer valer la suspensión provisional como medio alternativo de defensa en tales casos, pues, con independencia de lo que se resuelva judicialmente, lo cierto es que el desconocimiento del derecho de petición ya se ha perpetrado."

De esta manera, es evidente la violación del derecho de petición de la señora Ripoll Alvarez por parte de la Universidad del Atlántico, razón por la cual se ordenará a dicha entidad educativa para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a dar respuesta efectiva a los recursos interpuestos por la demandante, si no lo ha hecho ya, y si la demandante no ha acudido aún, ante la jurisdicción contencioso administrativa.

IV. DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las providencias del 7 de marzo y 22 de abril de 1997, proferidos por el Juzgado Quinto Civil Municipal y Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, respectivamente, mediante las cuales se denegó y confirmó respectivamente el amparo de los derechos a la igualdad y trabajo invocados como violados por la señora Alexandra Ripoll Álvarez.

Segundo.- TUTELAR solamente el derecho fundamental de petición de la señora Alexandra Ripoll Álvarez. En consecuencia, **ordénase** a la Universidad del Atlántico que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, resuelva -afirmativa o negativamente-, si ya no lo hubiere hecho y si el recurrente no ha acudido ya a la jurisdicción Contencioso Administrativa, los recursos interpuestos por la actora.

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.

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-455
septiembre 18 de 1997

DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Traslado docente por enfermedad/**DERECHO A LA SALUD**-Traslado docente por enfermedad

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance

En lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no equivale a la nivelación matemática y absoluta de todos los individuos, con prescindencia de la diversidad de hipótesis, sino que representa la objetiva actitud y disposición de dar igual trato a quienes están bajo los mismos supuestos y diferente a los que presentan características o circunstancias distintas.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia : Expediente No.134406

Peticionario: Luz Mary Alzate Grisales.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, D. C. a los dieciocho (18) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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 las sentencias proferidas en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana Luz Mary Alzate Grisales formuló acción de tutela en contra del Gobernador del Departamento de Risaralda, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud, petición, trabajo e igualdad.

En los hechos la actora señala que labora como educadora al servicio del departamento de Risaralda, concretamente como docente de tiempo completo en el Colegio Instituto Agrícola de la Florida, Municipio de Santa Rosa de Cabal. Desde enero de 1994 padece de escoliosis dorso lumbar, lo que le impide laborar en zona de campo y transportarse en vehículos como el jeep y no viajar por carretera destapada, debiendo estar en un lugar donde cuente con mayor reposo y menos exigencias físicas. La sede de trabajo actual no le proporciona las garantías recomendadas en la historia clínica, lo que pone en peligro tanto su salud como su vida. En numerosos escritos se ha dirigido al señor Gobernador solicitándole traslado a un sitio que reúna las condiciones que su estado de salud exige y hasta la fecha no ha logrado ser reubicada.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

La primera instancia surtida ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, concedió el amparo solicitado mediante fallo de 23 de abril de 1997 ordenándole al Gobernador del Departamento de Risaralda que a la solicitud de traslado de la peticionaria se le de un tratamiento preferencial en razón a su estado de salud. Sostiene el fallo que a la actora se le vulneraron los derechos a la vida y a la salud, en tanto que estos apuntan no solo a la supervivencia, sino que incluyen la integridad de los seres humanos en condiciones mentales y físicas optimas que le permitan además el ejercicio de su trabajo.

El derecho petición, a juicio de la instancia, también resultó vulnerado en tanto que se han presentado múltiples solicitudes ante varias instancias administrativas a lo largo de un año, desde 1995, sin que se le hubiera dado atención adecuada. También el derecho a la igualdad, en su dimensión de tratamiento diferencial positivo, resultó vulnerado siguiendo la instancia clara jurisprudencia constitucional en ese sentido.

Conoció de la impugnación la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira quien mediante sentencia de mayo dieciséis (16) de mil novecientos noventa y siete (1997) revocó en su totalidad del fallo de primera instancia, con los siguientes argumentos:

- El concepto médico que aparece en el expediente no reporta gravedad al punto de amenazarse la salud y la vida. Ello unido al hecho de que la actora sufre su padecimiento desde antes de entrar a laborar como docente en el cargo que actualmente tiene; por ello considera el segundo fallador, no ha debido aceptar las condiciones primigenias de su trabajo. No se observó violación al derecho de petición toda vez que las peticiones sí han sido tramitadas en debida forma. La Administración de Risaralda ha hecho lo posible por ubicar a la docente pero no se ha encontrado la vacante disponible.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión para proferir sentencia en relación con las anteriores providencia.

2. Derecho de la peticionaria a trabajar en condiciones dignas y justas

Para resolver el presente caso basta a la Corte reiterar lo dicho en fallo que se transcribe sobre el derecho constitucional a trabajar en condiciones dignas y justas y acerca del carácter relativo del jus variandi.

Ha señalado la Corte:

"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 (art. 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".(Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-483. del 27 de octubre de 1993)

En Sentencia T-499 de 1992, la Sala Segunda de Revisión 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 (CP art. 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 amena-

za 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". *(Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-499 del 21 de agosto de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) (resaltado fuera de texto).*

En el presente caso, pese a las solicitudes reiteradas de traslado que ha hecho la peten-te,(desde el año de 1995) no se ha resuelto de manera definitiva su situación, y sigue laborando en condiciones que en nada la favorecen, advirtiéndose violación al mandato del artículo 25 de la Constitución, según el cual toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

3. Diferenciación positiva

Por otra parte, se hace necesario dar aplicación al artículo 13 de la Constitución sobre la igualdad real y efectiva.

Como en repetidas ocasiones lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad no equivale a la nivelación matemática y absoluta de todos los individuos, con prescindencia de la diversidad de hipótesis, sino que representa la objetiva actitud y disposición de dar igual trato a quienes están bajo los mismos supuestos y diferente a los que presentan características o circunstancias distintas.

Ratifica la Corte:

"El objeto de la garantía ofrecida a toda persona en el artículo 13 de la Carta no es el de construir un ordenamiento jurídico absoluto que otorgue a todos idéntico trato dentro de una concepción matemática, ignorando factores de diversidad que exigen del poder público la previsión y la práctica de razonables distinciones tendientes a evitar que por la vía de un igualitarismo ciego y formal en realidad se establezca, se favorezca o se acreciente la desigualdad. Para ser objetiva y justa, la regla de la igualdad ante la ley, no puede desconocer en su determinación tales factores, ya que ellas reclaman regulación distinta para fenómenos y situaciones divergentes.

"La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan, pues unas u otras hacen imperativo que, con base criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta.

"De allí que el mismo artículo constitucional en mención haya estatuido que la actividad estatal se orientará al logro de la igualdad real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados y protegiendo especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en

posición de debilidad manifiesta. Esta función, que tiene fundamento en el concepto del Estado Social de Derecho, excluye las tendencias que pretenden hacer de la igualdad un rasero único, inmodificable y no susceptible de adaptaciones". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-094 del 27 de febrero de 1993).

Como lo afirmó la Corte, el artículo 13 de la Constitución no prohibe sino que impone, para lograr el equilibrio, trato distinto a situaciones de hecho diferentes. "Discriminación es (...) una diferencia de tratamiento no justificada ni razonable, o sea arbitraria, y solo esa conducta está constitucionalmente vetada. A contrario sensu, es dable realizar diferenciaciones cuando tengan una base objetiva y razonable" (Cfr. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-330 del 12 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, reiteradas en T-484 / 93, T-181 /96 y T-023 / 97.

De los exámenes médicos que se destacan en el asunto sub- examine, es pertinente destacar el concepto de la Directora del Programa FER-SALUD, diagnóstico que desecha el Tribunal, por considerar que no traduce gravedad, ignorando los señalamientos de la jurisprudencia ya citada en el sentido de que una enfermedad no advertida y tratada a tiempo puede generar en graves y futuras complicaciones para la salud y por ende obstaculizar el ejercicio de cualquier labor. Se lee así en el informe:

"Cursa en espalda con un trastorno estructural que la hace de alto riesgo de dolor crónico. RECOMENDACION:

1. *Deben evitarse todos los esfuerzos de mantener y transportar carga mayor de doce kilos.*

2. *Evitar posturas en flexión y / o rotación frecuente y prolongada de Columna, así como posturas de pie o sentada en forma inadecuada (instrucción fisiatria) (sic.)*

3. *Persistir en control regular por fisiatria (sic)*

4. *Evitar el viaje en vehículos jeep por carretera destapada.*

5. *Lo mas indicado es hacerse una reubicación laboral del sitio de trabajo actual"*

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, ha logrado establecerse que la accionante, debido a su estado de salud, merece ser tratada en forma diferente en relación con el régimen al cual se encuentran sometidos los demás docentes de su mismo nivel.

La enfermedad está comprobada plenamente mediante certificaciones médicas que se anexaron a la tutela, a través de las cuales se logra establecer la existencia de la dolencia que la aqueja y la necesidad de brindarle una sede de trabajo que le ofrezca mejores condiciones para la protección de su salud, evitando desplazamientos de acuerdo con las recomendaciones médicas. En consecuencia, se concederá la tutela del derecho al trabajo, salud, y a un trato preferencial por parte del Estado en relación con la solicitud de traslado, mediante orden al Gobernador del Departamento de Risaralda para que se le de un trato pre-

ferencial en razón a su estado de salud.

Tal como lo expuso la Sala Séptima de Revisión en la sentencia ya citada, T-330 de 1993, en un caso similar al que aquí se decide, a la Corte no le es dado resolver sobre la viabilidad del traslado; sin embargo, sí puede esta Corporación señalar la debida protección al derecho que tiene la peticionaria para que a la solicitud de traslado se le proporcione un tratamiento preferencial.

Se confirmará el fallo de primera instancia, que sigue en sus lineamientos la jurisprudencia al respecto de la Corte Constitucional y se revocará en consecuencia el fallo del Tribunal Superior del Distrito de Pereira en cuanto negó el amparo solicitado.

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 el fallo de segunda instancia de dieciséis (16) de mayo de 1997 proferido por la Sala Laboral del Distrito Judicial de Pereira.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia surtida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira en fallo de veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y siete(1997). En consecuencia, se ordena al Gobernador de Risaralda, que cuando ocurra la primera vacante en las localidades de Santa Rosa de Cabal, Dosquebradas, Pereira o cualquier otro sitio que cumpla con las condiciones recomendadas médicamente en este caso, se de tratamiento preferencial a la demandante Luz Mary Alzate Grisales en razón a su estado de salud.

Tercero: LIBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DÍAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-457
septiembre 23 de 1997

REPRESENTACION EN TUTELA A TITULO PROFESIONAL-
Necesidad de acreditar condición de abogado titulado

Quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro, a título profesional, en virtud de mandato judicial, es evidente que en tal situación debe actuar dentro del marco legal siguiendo las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditarse esta condición.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por errónea interpretación de le ley

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-
No resolución cuestión litigiosa por Juez de tutela

La acción de tutela, en ningún caso puede utilizarse como recurso procesal anexo para que el juez encargado de la protección de los derechos fundamentales, entre a resolver la cuestión objeto de la litis. Su labor se limita a analizar si la conducta del funcionario judicial se revela como arbitraria, abusiva o caprichosa, o si con ella se ha violado el derecho al debido proceso, para mediante una orden judicial restablecer su goce efectivo.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra interpretaciones judiciales

VIA DE HECHO-Inexistencia al inadmitir por caducidad acción de reparación directa

Referencia: Expediente T- 133902

Peticionario: Milton Noel González Delgado

Demandado: Tribunal Contencioso, Administrativo de Santander

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala de Revisión integrada por los H. Magistrados Fabio Moron Diaz, Vladimiro

Naranjo Mesa y Jorge Naranjo Mejia, previo estudio del Magistrado ponente, resuelve sobre las sentencias relacionadas con la acción de tutela de la referencia, proferidas por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga de fecha 20 de marzo de 1997, y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga -Sala Penal- de 7 de mayo del mismo año.

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la C.P. y desarrollada mediante los decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, el ciudadano Luís Cortés Castillo en representación de Milton Noel González Delgado, solicitó ante el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga, la protección del derecho fundamental al debido proceso, que en su concepto, fue conculcado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander mediante el auto admisorio proferido el día 8 de octubre de 1994, en el expediente de acción de reparación directa promovido por Claudio González en contra de la Nación, Ministerio de Justicia, por los supuestos daños y perjuicios ocasionados a su hijo Milton González Delgado, quien a su vez fue detenido en la Cárcel del Distrito Judicial de San Gil, durante diez (10) meses y doce (12) días, como consecuencia de la medida de aseguramiento y resolución de acusación, proferidas en su contra, por el presunto delito de homicidio en la persona de José Benito Rojas. La detención cesó, al dictarse en su favor sentencia absolutoria, frente a lo cual estima el accionante que "la sentencia de su hijo fue injusta ya que no cometió el hecho que se le imputaba". El Tribunal Contencioso Administrativo de Santander inadmitió la demanda contencioso administrativa de reparación directa, porque, en su sentir, la acción se encontraba caducada en virtud de lo dispuesto en el artículo 136 inc. 4 del CCA.

II. LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

En fallo de veinte (20) de marzo de 1997, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga, luego de admitida la demanda y practicadas algunas pruebas, resolvió: negar la acción de tutela interpuesta por el señor Luís Cortés Castillo, contra el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, con los argumentos según los cuales:

> "En cuanto a la decisión de inadmisión de la demanda contenida en proveído del 6 de octubre de 1994 podría pensarse en que la interpretación que hizo el Magistrado Ponente y que compartieron los demás integrantes de la Sala, sobre la manera como se contó el término de caducidad de la acción que consagra la de Reparación Directa a partir del día de la detención injusta de González Delgado y no a partir de la fecha en que fue absuelto por providencia de la justicia penal, como es lo acertado, de acuerdo al fallo citado del Consejo de Estado, constituiría una vía de hecho que por supuesto quebranta el derecho fundamental al debido proceso; sin embargo esto no es así porque el Magistrado Ponente y los integrantes de la Sala contaban con autorización legal para expedir el auto en referencia, lo decidido no fue producto de la voluntad subjetiva de quienes realizaron dicha actividad judicial y no puede aceptarse que actuaron con falta de competencia o de manera arbitraria o irregular y mucho menos que lo decidido comportara 'una agresión grosera y brutal al ordena-

miento jurídico, hasta el punto de que, como lo anota Jean Rivero, 'su actuación no aparece más como el ejercicio irregular de una de sus atribuciones, sino como un puro hecho material, desprovisto de toda justificación jurídica', con lo cual, la actividad del juez o funcionario respectivo, pierde legitimidad y sus actos, según el mismo Rivero, se ha 'desnaturalizado' (Barrera Carbonell Antonio. Magistrado Ponente. Corte Constitucional. Sentencia T-442 de 1993) y además es importante advertir que el Magistrado Ponente Dr. Gutierrez Solano, en el auto inadmisorio en comento, consigna de manera ponderada, analítica y hasta con cita del fallo del Consejo de Estado, las razones que lo llevan a fallar la caducidad de la acción, logrando convencer, al respecto a los demás componente de la Sala, luego, lo anterior sirve para corroborar que el fallo no obedece de manera exclusiva a la voluntad subjetiva de los integrantes de la jurisdicción contencioso-administrativa y si la actividad del Juez es reglada, esto no quiere decir que un funcionario que administre justicia 'no tenga un margen de interpretación de la norma, de reflexión y de adecuación del texto legal a las circunstancias reales y concretas, pues su función así se lo exige', nótese como el fallo del Consejo de Estado, que clarifico lo del término de caducidad de la acción directa de reparación, es de fecha febrero 2 de 1996, y la decisión del Tribunal Contencioso Administrativo es del 6 de octubre de 1994, lo que puede indicar que no existía uniformidad sobre dicho tópico que fue clarificado a partir de 1996."

De otra parte, en opinión del juez de tutela de primera instancia, el auto inadmisorio no constituye una vía de hecho, por lo tanto, ese proveído judicial, fue debidamente notificado al interesado por anotación en estado y no personalmente, tal como lo disponen los artículos 321 del C del PC, 267 del CCA, e inciso 2 del artículo 56 del decreto 2651 de 1991, vigentes para la fecha de expedición del auto cuestionado. En consecuencia, el demandante podía interponer todos los recursos, las nulidades y demás medidas que prevé el estatuto procesal colombiano, concluyendo el juez, que la acción de tutela no está instituída para enmendar errores procesales de los litigantes ni para discutir providencias judiciales, debidamente ejecutoriadas.

III. LA IMPUGNACION

El actor, en el término legal, impugnó la decisión judicial de primera instancia, con el argumento según el cual, el Tribunal Contencioso Administrativo violó el debido proceso, por cuanto la caducidad de la acción de reparación directa no había operado al momento de su instauración y en ese orden mal podía el Magistrado ponente y la Sala de esta Corporación judicial inadmitir la demanda con el consabido perjuicio para los intereses del ciudadano injustamente detenido.

De otra parte adujo el impugnante que esta decisión no puso término a la actuación administrativa; en consecuencia, la notificación personal del auto inadmisorio constituía una obligación legal de la Secretaría del Tribunal en virtud del artículo 44 del CCA, el cual establece: "Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado y a su representante o apoderado", solicita se revoque la decisión de primera instancia y se le tutele el derecho al debido proceso consagrado en el

artículo 29 superior.

IV. LA DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior de Bucaramanga, en fallo de siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996), resolvió revocar, en todas sus partes, la sentencia impugnada, con base en los siguientes argumentos:

"Para el específico evento de la caducidad de la acción de reparación directa, en asuntos como el presente, el Consejo de Estado hizo las siguientes precisiones sobre el particular, que la Sala considera pertinente recordar:

'Privación injusta de la libertad. Momento a partir del cual se contabiliza la caducidad de la acción de reparación directa.

'Para la Sala no hay lugar a plantear ningún cuestionamiento en relación con el momento a partir del cual se debe empezar a contar el término de caducidad de la acción de reparación directa, cuando lo que se persigue es la reparación del perjuicio causado por la privación injusta de la libertad. En este evento, tal como lo señala el apelante, el conteo de ese término sólo puede empezar cuando está en firme la providencia de la justicia penal que declara la ocurrencia de uno cualquiera de los eventos señalados en el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal a saber.

-Que el hecho no existió
-Que el sindicado no lo cometió
-Que la conducta no constituía hecho punible

Solo a partir del momento en que adquiera firmeza la providencia, es posible de calificar injusta la detención. Antes no tiene tal calidad, dado que se desconoce la conclusión a la cual llegará el juez penal. Y sólo puede hablarse de existencia de esa providencia una vez que en relación con ella se han surtido todos los recursos y grados de consulta de que goza.

El daño se consolida no con el simple hecho material de la detención, sino la calidad de injusta de esa detención, la cual deviene como consecuencia de la decisión penal que así lo determine'[1]

"Bajo esta directriz, encuentra la Sala que su homóloga del Tribunal Contencioso Administrativo, al inadmitir la demanda consideró, equivocadamente, que el término para que operara dicho fenómeno se inició con la captura de Miltón Noel González Delgado, interpretación que en verdad no se comparte ya que como claramente se anotó precedentemente, el solo acto material de la detención no estructu-

1 Consejo de Estado, Sec. 3ª., M.P. Dr. Daniel Suárez Hernández., auto 2 de feb. de 1996, exp. 11425.

ra por si solo el daño, sino que es de rigor el proferimiento de una decisión penal de fondo que así lo determine.

De esta manera, si la sentencia absolutoria proferida a favor de MILTON NOEL GONZALEZ DELGADO 'cobró legal ejecutoria el 27 de julio de 1992', según lo certifica la señora Juez Tercero Penal del Circuito del Socorro (fl. 73), los dos años señalados en el inciso cuarto del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para que opere esta hipótesis, no se habían cumplido para la fecha de presentación de la demanda ante el honorable Consejo de Estado -4 de mayo de 1994- (fl.72) y por ende la inadmisión del libelo por esta causal no se tornaba procedente."

Finalmente, el juez de tutela de segunda instancia, estimó que el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, en su Secretaría, incurrió en una irregularidad sustancial al omitir la notificación personal del auto que inadmitió la demanda de acción de reparación directa, como era su obligación, a la luz del artículo 44 y 47 del C.C.A., porque dicho auto finaliza una actuación administrativa. En consecuencia, al omitirse el deber legal de notificar, en debida forma dicha providencia, se lesiona el debido proceso, al no permitirse al demandante interponer los recursos que legalmente proceden contra las decisiones judiciales de que se trata, concluyendo el Tribunal, que la notificación personal constituye el presupuesto fundamental de defensa de los ciudadanos, frente a las decisiones de los jueces y como tal, es una condición de eficacia de las providencias judiciales que transmite firmeza y ejecutoriedad. Así se determina la fecha precisa en que la providencia es conocida por quien deba cumplirla o está en capacidad de impugnarla o controvertirla.

En consecuencia de lo anterior, el ad-quem tuteló el derecho al debido proceso que le asiste al señor Claudio González, en la actuación administrativa, acción de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Justicia-, ordenó que por conducto de la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo, se surtiera la notificación del auto de fecha seis (6) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), con la plena observancia de las normas que regulan este acto procesal, y tomando en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Primera: La Competencia

En atención a lo dispuesto por los artículos 86 inciso 3°, y 241-9 de la CP, en concordancia con los artículos 32, 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de la Corporación es competente para conocer de las sentencias que resolvieron la acción de tutela de la referencia en virtud de la selección que practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó de acuerdo con el reglamento de la Corte.

Segunda: La Materia

Debe la Sala resolver, siguiendo estrictamente los argumentos expuestos en la demanda

de tutela, si el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, incurrió en una vía de hecho, al inadmitir una demanda de acción de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Justicia-, por haberse operado el fenómeno procesal de la caducidad, mediante el auto de fecha 6 de octubre de 1994, dentro del expediente cuya radicación en la Secretaría de dicha Corporación, corresponde al número 10084, iniciado por el ciudadano Claudio González en representación de su hijo Miltón Noel González Delgado.

Antes de entrar sobre el fondo del asunto sometido al examen de la Corte en el caso concreto, la Sala estima necesario reiterar su jurisprudencia, en el sentido de establecer que cuando la persona mayor de edad directamente afectada con la acción u omisión, de la que se deduzca violación o amenaza a un derecho fundamental, por parte del poder público o de los particulares no actúa personalmente, debe otorgar poder a un abogado o profesional del derecho.

En efecto, cuando la persona no ejerce directamente la acción de tutela como ocurre en este caso concreto, puede ser representada por otro, bien en ejercicio de representación judicial como sería el caso del representante legal, tratándose de personas jurídicas o por los padres en virtud de la patria potestad, en relación con los menores de edad; ya en desarrollo de agencia oficiosa cuando el titular del derecho violado o amenazado no esté en condiciones de asumir su propia defensa, como lo prevé el artículo 10 del decreto 2591/91. Caso distinto ocurre cuando quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro, a título profesional, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal situación debe actuar dentro del marco legal siguiendo las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditarse esta condición, circunstancia que la Sala echa de menos en este caso. (folio 52 y 53), pues dentro del expediente no se acreditó que el ciudadano Luís Cortés Castillo sea abogado titulado.

En sentencia T-550/93 M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte consideró:

"...

"Del expresado carácter informal de la acción se desprende que quien la ejerza no requiere ninguna calidad especial ni necesita ser abogado titulado pues se trata de un procedimiento preferente y sumario que puede iniciarse, como lo dice la Constitución, por toda persona que estime pertinente reclamar ante los jueces, "...por sí misma o por quien actúe a su nombre...", la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. Estamos ante una acción con características singulares que, en razón de su objeto, han sido trazadas por la misma Carta Política, de lo cual resulta que no podrían el legislador ni el intérprete supeditar su ejercicio a los requisitos exigidos corrientemente por la ley para otro tipo de acciones.

Asi mismo, tampoco tendría sentido que se exigiera que quien representa a otro para el ejercicio de la acción de tutela -a título de agente oficioso o en virtud de una representación legal- fuera abogado o que cumpliese determinados requerimientos propios del litigio en las distintas ramas del Derecho -por ejemplo, tener la Tarjeta Profesional- pues con ello se desvirtuaría la informalidad propia de la tutela y se

pondría en peligro la efectividad de la protección judicial a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Esto implicaría una traba innecesaria y carente de todo fundamento constitucional.

Caso distinto es el de quien ejerce la acción de tutela a nombre de otro **a título profesional**, en virtud de mandato judicial, pues es evidente que en tal caso actúa dentro del marco legal y las reglas propias del ejercicio de la profesión de abogado, razón por la cual debe acreditar que lo es según las normas aplicables (Decreto 196 de 1971).

"....

El caso específico de los procesos de tutela ha sido regulado directamente por la Constitución (artículo 86) en los ya expresados términos, pero en concreto sobre la representación judicial no estableció norma alguna, luego en ese aspecto son aplicables las reglas generales que establecen como principio el de que toda representación judicial -salvo los casos determinados en la ley- únicamente tendrá lugar a través de abogado.

El artículo 38, inciso 2°, del Decreto 2591 de 1991 dispone: "El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar".

Esta disposición no tendría sentido ni podría ser aplicada si no se entendiera, como lo hace la Corte, que para ejercer la representación con base en mandato judicial y actuando el apoderado a título profesional, así sea en materia de tutela, es indispensable que aquel sea abogado titulado y en ejercicio, de conformidad con las normas del Decreto 196 de 1971.

"....

En este orden de ideas, es claro para la Sala, que para agenciar derechos ajenos, cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, deberá manifestar esta circunstancia, en la demanda, con razones creíbles, para efectos de demostrar la legitimidad e interés en la acción de tutela; situación que no ocurre en el caso sub examine. En consecuencia de lo anterior, la Corte estima que el peticionario Luis Carlos Cortés Castillo no reclama la protección inmediata de un derecho suyo, sino la del derecho al debido proceso de Milton Noel González Delgado, dentro de una actuación judicial en la que su padre Claudio González formaba parte, e incumpliendo con el presupuesto de la legitimidad e interés para actuar previsto en los artículos 86 de la C.P., 1°. del Decreto 2591/91 y 196 de 1971.

De otra parte, decidido el punto anterior, esta Corte, a propósito de la acción de tutela contra providencias judiciales y las denominadas vías de hecho por errónea interpretación

de la ley, en diversas oportunidades, ha advertido que la acción de tutela no es una vía alterna, ni menos un mecanismo para rectificar decisiones judiciales en firme, ni para desautorizar interpretaciones judiciales que se hacen dentro del marco de la autonomía y de la independencia propia de los jueces. Por consiguiente, tampoco es un instrumento que pueda ser utilizado indiscriminadamente para atacar o impugnar decisiones judiciales que tienen fuerza ejecutoria, a menos que la decisión respectiva configure una vía de hecho. Al respecto ha señalado esta Corporación:

"No hay lugar a que prospere la acción de tutela, cuando la persona que la invoca cuestione la acción de las autoridades por errónea interpretación de la ley, ni en el caso de que la decisión de la autoridad pública o del particular hayan definido el derecho dentro de sus competencias constitucionales y legales.

"... De manera que el juez de la tutela no puede reemplazar al juez competente para fallar en lo que le autoriza la ley, sino que su accionar es un medio de protección de derechos propios de la persona humana en su primacía." (Sentencia No. T-008/92. M.P. Dres. Jaime Sanín Greiffenstein y Fabio Morón Díaz).

En este orden de ideas, es claro que la acción de tutela, en ningún caso puede utilizarse como recurso procesal anexo para que el juez encargado de la protección de los derechos fundamentales, entre a resolver la cuestión objeto de la litis. Su labor se limita a analizar si la conducta del funcionario judicial se revela como arbitraria, abusiva o caprichosa, o si con ella se ha violado el derecho al debido proceso, para mediante una orden judicial restablecer su goce efectivo.

En efecto, la improcedencia de la tutela contra interpretaciones judiciales ha sido objeto de reciente sentencia, en la cual la Corporación reiteró su doctrina al respecto:

"2. Improcedencia de la tutela contra interpretaciones judiciales

No se estima del caso conceder la tutela impetrada, que está dirigida contra providencias judiciales, sin que se haya configurado una vía de hecho.

"En sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, esta Corte, al declarar la inexequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, preservó el principio de autonomía funcional de los jueces en los siguientes términos:

'...no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.

De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se

debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.

No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales'.

"En el mismo fallo, desarrollado en numerosas decisiones posteriores, la Corte reconoció la posibilidad de conceder el amparo judicial cuando se configura una actuación del juez que riñe abiertamente con el orden jurídico al que está sometido el proceso.

"Tal opción, de carácter extraordinario, como su mismo enunciado lo contempla, excluye la acción de tutela que pueda recaer sobre la interpretación en la que funde el juez su dictado.

"Así lo expresó esta misma Sala en reciente providencia:

*'...en el ámbito de sus atribuciones, los jueces están autorizados para **interpretar** las normas jurídicas en las que fundan sus decisiones. Ello hace parte, justamente, de la autonomía que la Constitución les garantiza.*

*Por supuesto, al buscar el sentido de la normatividad, aunque no coincida con el alcance que a las disposiciones correspondientes podrían dar otros jueces, el juez de conocimiento, mientras no se aparte de ella, la aplica en sus providencias y, por tanto, la interpretación a partir de la cual lo haga, mal puede tomarse como una **vía de hecho**, o como una transgresión del ordenamiento jurídico.*

Si ello es así, no cabe la tutela contra la interpretación que un juez, en el ejercicio de sus funciones, haya hecho de las normas que gobiernan el proceso a su cuidado.

Esa es la misma razón para que esta Corte haya sostenido -como ahora se repite- que tampoco es posible iniciar procesos disciplinarios contra los jueces con motivo de las providencias que profieren o a partir de las interpretaciones que en ellas acogen.
(...)

'Menos todavía puede concebirse, frente al ejercicio de esa autonomía judicial, una acción de tutela encaminada a invalidar la interpretación que el juez competente

haya dado a las normas. Lo cual no se opone, desde luego, al ejercicio de los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema jurídico contempla.' (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-094 del 27 de febrero de 1997).

"... Sentencia T-249/97. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

Ahora bien, una actuación de la autoridad judicial se torna en una vía de hecho susceptible de control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

En el caso sub examine, afirma el petente, que el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, incurrió en una violación al derecho fundamental al debido proceso, en virtud a que mediante auto proferido el día 8 de octubre de 1994, el Tribunal inadmitió por caducidad de la acción, la demandada de reparación directa promovida por el señor Claudio González en contra de la Nación, Minjusticia, radicada al No. 10.084, y por no haber surtido la notificación de dicho proveído en la forma prevista en el artículo 44 del C.C.A..

Ningún reparo le merece a la Sala, el análisis jurídico desarrollado en su oportunidad por el Tribunal demandado, el cual no transgrede ninguna norma integrante del ordenamiento jurídico y, apenas, se tiene una interpretación que puede o no compartirse, acerca de la manera como ha de computarse los términos de caducidad para incoar la acción de reparación directa contra decisiones o actuaciones, por presuntas fallas judiciales.

En efecto, la operación valorativa que los jueces deben hacer para sustentar sus providencias, resultan intangibles, a menos que aquél comporte la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de las normas procesales.

El Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, a juicio de la Sala, mediante el auto inadmisorio no incurrió en error que pueda estructurar una vía de hecho, máxime cuando interpretó la forma de contabilizar el cómputo del término de caducidad de la acción con base en el artículo 136, inc. 4 del C.C.A., la doctrina vigente al momento, la cual a su vez fue modificada posteriormente por el Consejo de Estado en el auto de 2 de febrero de 1996, Sección 3ª M.P. Dr. Daniel Suárez H.

Tampoco resulta de recibo para esta Sala, el argumento expuesto por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga según el cual, el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, incurrió en una vía de hecho porque no aplicó, en cuanto al cómputo del término de caducidad de la acción, el auto anterior, que precisó que el fenómeno procesal de la caducidad no opera a partir de la captura de la persona, sino a partir de la existencia de una decisión penal de fondo exonerativa de responsabilidad; ello porque tal interpretación a la que se alude, fue dictada por el H. Consejo de Estado, dos años y medio después, con posterioridad a la inadmisión de la demanda, que originó la tutela, con lo cual no se puede aplicar retroactivamente dicha doctrina para restar validez a una providencia legalmente ejecutoriada.

Finalmente, tampoco comparte esta Corporación la interpretación que de los artículos 44 y 47 del C.C.A. desarrolló el juez de tutela de segunda instancia, dentro del trámite judicial adelantado en el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander a instancias del señor Claudio González, pues resulta claro para la Corte que la notificación del auto admisorio surtida por anotación en estado, se cumplió en debida forma, pues así lo impone el artículo 321 del C. de P.C., al cual se acude por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A.. En consecuencia, el demandante podía interponer los recursos ordinarios de reposición, o apelación contra dicho auto, en las oportunidades procesales correspondientes que brinda el ordenamiento legal colombiano, para estos efectos, ante las autoridades judiciales competentes.

En consecuencia de lo anterior, en el asunto sub examine, es evidente para la Corte que la vía de hecho que atribuye el actor a la decisión proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander no existe.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR en todas sus partes, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga -Sala Penal-, de fecha 7 de mayo de 1997.

Segundo.- CONFIRMAR, pero por las razones aquí expuestas, la sentencia dictada por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Bucaramanga de fecha 20 de marzo de 1997.

Tercero.- ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte se comunique esta providencia, en la forma y para los fines previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-458
septiembre 24 de 1997

SUBORDINACION E INDEFENSION-
Pago oportuno de mesadas pensionales por empresa

Esta Corporación ha considerado que las relaciones de carácter laboral, incluidas las relaciones entre empresas y pensionados, constituyen el caso paradigmático de subordinación en cuyo ámbito la acción de tutela opera como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores o pensionados. Así mismo, el fenómeno de la indefensión se produce cuando el actor no dispone de ningún medio de defensa judicial distinto de la acción de tutela o cuando las acciones judiciales ordinarias con las que cuenta no son lo suficientemente eficaces para proteger o defender con prontitud el derecho o derechos fundamentales conculcados.

INDEFENSION-No pago de mesadas pensionales por situación concordatoria de empresa/**MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-**Pago de mesadas pensionales por empresa en situación concordatoria

En casos en los cuales una empresa sometida a concordato preventivo obligatorio no paga a sus pensionados las mesadas a que tienen derecho, la Corte ha estimado,que tanto el proceso ordinario laboral como el proceso concordatario son insuficientes para defender, con la eficiencia y urgencia requeridas por este tipo de casos, los derechos fundamentales de los pensionados, situación que determina un estado de indefensión frente al cual la acción de tutela resulta procedente.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-No pago oportuno de mesadas pensionales por situación concordataria de empresa

Se causa un perjuicio irremediable cuando una empresa deja de cancelar oportunamente las mesadas pensionales a sus pensionados, toda vez que se trata de personas de la tercera edad cuya única fuente de recursos depende de las pensiones señaladas y su vinculación al mercado de trabajo es del todo incierta. Adicionalmente, lo anterior resulta agravado si la empresa deudora se encuentra sometida a un trámite concursal dentro del cual las autoridades estatales encargadas de llevarlo a cabo no cumplen con las misiones que la Constitución Política les ha asignado. Cuando una empresa que ha

asumido directamente el pago de la carga pensional y que se encuentra sometida al trámite de un concordato preventivo obligatorio deja de cancelar las mesadas pensionales, se concreta la violación del derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital de los pensionados. En estos eventos, la acción de tutela es procedente en razón de la necesidad de conjurar o aminorar el perjuicio irremediable que se causa con ocasión de la situación antes descrita.

MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL-Protección derechos de pensionados en el trámite de un concordato/**SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**-Protección derechos del pensionado en el trámite de un concordato

Esta Corporación ya ha indicado categóricamente que las autoridades de control y vigilancia y, en especial, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia de Sociedades, deben velar porque en el trámite de un concordato, los derechos de los pensionados que corresponden a gastos de administración, no resulten amenazados o quebrantados. El Estatuto Superior impone a las entidades antes anotadas la obligación especialísima de adoptar todas aquellas medidas que sean conducentes y necesarias para garantizar el pago de los derechos laborales de trabajadores y pensionados. En particular, la Corte ha estimado que las competencias de la Superintendencia de Sociedades no se reducen exclusivamente al logro de un acuerdo en torno al pago de los créditos concordatarios sino que, con fundamento en deberes que la ley y la Constitución le imponen, debe velar que la empresa cumpla con las obligaciones laborales causadas con posterioridad a la apertura del concordato. En efecto, si una empresa se encuentra en la clara imposibilidad de pagar los gastos de administración, ello significa que falta uno de los presupuestos esenciales del concordato y, por lo tanto, la Superintendencia debe convocar, de inmediato, a un trámite liquidatorio, so pena de permitir que siga aumentando, inútilmente, el pasivo de la entidad.

PRINCIPIO DEL MENOR DAÑO CONSTITUCIONAL-Aplicación

En un Estado de derecho, la tarea del juez consiste en promover y garantizar los derechos, principios y valores que defiende el ordenamiento. Cada decisión implica entonces la realización de un bien jurídico. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el juez se encuentra ante una circunstancia trágica: las decisiones jurídicamente admisibles tendrán, necesariamente, todas ellas, un efecto nocivo. En estas circunstancias, la tarea del juez consiste en identificar y darle curso a la decisión que tenga el menor costo constitucional. En otras palabras, la que produzca el menor daño, desde una perspectiva constitucional.

DERECHO AL MINIMO VITAL DE PERSONAS DE TERCERA EDAD-Prelación constitucional/**DERECHO AL MINIMO VITAL**-Pago de mesadas pensionales

La Constitución Política consagra unos sujetos privilegiados en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta, dentro de los cuales se encuentran las personas de la tercera edad, quienes deben merecer, por parte de los poderes públicos, una especial protección (C.P. artículos 1°, 13, 46, 48 y 53). Adicionalmente, la Carta establece la defensa prioritaria de una serie de derechos fundamentales, uno de los cuales es el derecho al mínimo vital

(C.P. art. 1, 11 y 16). En estas condiciones, debe afirmarse que el Estado-legislador, el Estado-administración y el Estado-juez, están obligados, en primerísima instancia, a defender las pensiones de los ancianos, como una forma de obedecer los imperativos constitucionales antes mencionados. Efectivamente, no sobra reiterar, una vez más, que esta Corporación ha considerado, de manera unánime, que las mesadas pensionales tienen la función de satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital de quienes, por sus condiciones personales, constituyen un colectivo sujeto a especial protección.

CONCORDATO PREVENTIVO-Prioridad pago de mesadas pensionales

El legislador al definir las normas a las cuales debe sujetarse una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional, diseñó un esquema que otorga prioridad al pago de las acreencias pensionales. De una parte la empresa esta obligada a constituir una garantía pensional que tiene el objetivo de asegurar plenamente, frente a cualquier eventualidad, el pago de las mesadas. Adicionalmente, las entidades que ejercen funciones de policía laboral están autorizadas para someterla a un tramite de conmutación pensional cuando, por cualquier circunstancia, se amenace el cumplimiento de la obligación pensional. Lo anterior, incluso a riesgo de que con posterioridad la empresa se vea necesariamente obligada a cerrar o deje de pagar otros créditos menos urgentes. Bajo el supuesto de que estas garantías aseguran el pago prioritario de las pensiones, las normas aplicables a la liquidación de una empresa definen un sistema de prelación de créditos que no incluye, expresamente, la preferencia de las pensiones que, se supone, ya esta asegurada. Ahora bien, si los activos de una empresa en liquidación resultan claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias - pre y posconcordatarias -, y, adicionalmente se trata de una empresa que ha asumido directamente la carga prestacional y que, en parte, debido a la negligencia de las autoridades de control, ha dejado de asegurar el pago de este crédito, lo cierto es que los recursos existentes deben destinarse, de manera prioritaria y exclusiva, a garantizar el pago de las mesadas pensionales de las personas de la tercera edad. La aplicación inflexible de la par conditio creditorum, así dentro de la primera clase se encuentren los pasivos pensionales actuales y futuros, no asegura la "protección especial" que debe ofrecerse a los ancianos.

EMPRESA EN LIQUIDACION-Activos insuficientes para pago de mesadas pensionales

Los activos de una empresa en liquidación que sean claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias - pre y posconcordatarias -, deben destinarse, de manera prioritaria y exclusiva, a garantizar el pago de las mesadas pensionales que legalmente le corresponda sufragar, de modo que se garantice el derecho al mínimo vital del grupo de los pensionados que cumplan la edad legal de jubilación o que estén incapacitados para trabajar; si el monto de los activos resultare insuficiente, incluso para garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados, corresponderá al Superintendente de Sociedades, promover entre éstos los acuerdos necesarios a fin de que los créditos se ajusten proporcionalmente en relación con las sumas materialmente disponibles. Todo lo anterior, por supuesto, con excepción del pago de los recursos que sean estrictamente necesarios para continuar y finiquitar, prontamente, el trámite de la liquidación.

Referencia: Expedientes acumulados T-115103, T-117717, T-118462, T-118463, T-118464, T-118465 T-118466, T-118467, T-118468, T-118469, T-118470, T-118472, T-118474, T-118475, T-118476, T-118477, T-118619, T-118675, T-119033, T-120583, T-120628, T-121070, T-122985, T-123280, T-123281, T-123284, T-123286, T-124257, T-125258, T-125944, T-127758, T-128732, T-128801

Actores: Dioselina Cañaveral Vda. De Bonfante, Matilde Leon, Aminta Martinez De Morace, Augusto Mena Cordoba, German Luque Cardozo, Domingo Enot Caldera Ibarra, Nestor Guillermo Miranda Buelvas, Adolfo Leon Acosta Diaz, Luis Alfredo Madrid Rico, Roberto Vargas Grass, Lucindo Vasquez Velasquez, Rafael Antonio Gaviria, Pedro Beltran Herrera, Jose Guillermo De Avila Franco, Ramiro Rueda, Ana Victoria Gutierrez Garcia, Josefa Maria De La Hoz Vda. De Centeno, Tomas De Jesus Barba Bastidas, Manuel Prasca Smith, Francisco Ospino Orozco, Campo Anibal Granadas, Felipe Perez Ariza, Sergio Tulio Soto Cantillo, Jose Antonio Ruiz Sanabria, Jaime Cifuentes, Virginia Perez Vda. De Fontalvo, Pedro Jose Muñoz Pulido, Obdulio Ruiz Romero, Luis Otero Otero, Tulio Enrique Aleman Nieto, Lorenzo Carvajal Serrano, Rafael Ortiz Brango, Joaquin Elias Garcia

Temas:

Derecho al mínimo vital
Pago de las mesadas pensionales causadas a partir de la apertura del concordato preventivo de una sociedad comercial sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades

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 los procesos de tutela T-115103, T-117717, T-118462, T-118463, T- 118464, T-118465 T-118466, T-118467, T-118468, T-118469, T-118470, T-118472, T-118474, T-118475, T-118476, T-118477, T-118619, T-118675, T-119033, T-120583, T-120628, T-121070, T-122985, T-123280, T-123281, T-123284, T-123286, T-124257, T-125258, T-

125944, T-127758, T-128732, T-128801 adelantados por DIOSELINA CAÑAVERAL VDA. DE BONFANTE, MATILDE LEON, AMINTA MARTINEZ DE MORACE, AUGUSTO MENA CORDOBA, GERMAN LUQUE CARDOZO, DOMINGO ENOT CALDERA IBARRA, NESTOR GUILLERMO MIRANDA BUELVAS, ADOLFO LEON ACOSTA DIAZ, ROBERTO VARGAS GRASS, LUCINDO VASQUEZ VELASQUEZ, RAFAEL ANTONIO GAVIRIA, PEDRO BELTRAN HERRERA, JOSE GUILLERMO DE AVILA FRANCO, RAMIRO RUEDA, ANA VICTORIA GUTIERREZ GARCIA, JOSEFA MARIA DE LA HOZ VDA. DE CENTENO, TOMAS DE JESUS BARBA BASTIDAS, MANUEL PRASCA SMITH, FRANCISCO OSPINO OROZCO, CAMPO ANIBAL GRANADAS, FELIPE PEREZ ARIZA, SERGIO TULIO SOTO CANTILLO, JOSE ANTONIO RUIZ SANABRIA, JAIME CIFUENTES, VIRGINIA PEREZ VDA. DE FONTALVO, PEDRO JOSE MUÑOZ PULIDO, OBDULIO RUIZ ROMERO, LUIS OTERO OTERO, TULIO ENRIQUE ALEMAN NIETO, LORENZO CARVAJAL SERRANO, RAFAEL ORTIZ BRANGO, JOAQUIN ELIAS GARCIA contra la empresa AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A. SUCURSAL COLOMBIA, BERRY FRANK WRIGHT, RAYMOND J. O'MARA, GUILLERMO ALBERTO FADUL MOGOLLON, en su calidad de administrador de la cía., MARIA HERMI HERNANDEZ GALINDO, en su calidad de contralora de la cía., DARIO LAGUADO MONSALVE como Superintendente de Sociedades, OSCAR GONZALEZ ARANA como delegado de procedimientos mercantiles, PABLO ANDRES CORDOBA ACOSTA como Jefe de la División de Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, y finalmente contra el Presidente de la Junta Concordataria Provisional del Concordato.

ANTECEDENTES

I. Procesos de tutela T-115103, T-118462, T-118463, T118464, T-118465, T-118466, T-118467, T-118468, T-118469, T-118470, T-118472, T-118474 T-118475, T-118476, T-118477, T-118619, T-118675, T-120583, T-120628, T-122985 adelantados respectivamente por Dioselina Cañaveral Vda. De Bonfante, Aminta Martinez De Morace como cónyuge y beneficiaria de los derechos pensionales de Laddie H. Morace, Augusto Mena Cordoba, German Luque Cardozo, Domingo Enot Caldera Ibarra, Nestor Guillermo Miranda Buelvas, Adolfo Leon Acosta Diaz, Roberto Vargas Grass, Luis Alfredo Madrid Rico, Lucindo Vasquez Velasquez, Rafael Antonio Gaviria, Pedro Beltran Herrera, Jose Guillermo De Avila Franco, Ramiro Rueda, Ana Victoria Gutierrez Garcia, Josefa Maria De La Hoz Vda. De Centeno, Tomas De Jesus Barba Bastidas, Francisco Ospino Orozco, Campo Anibal Granadas Y Sergio Tulio Soto Cantillo.

1. Los actores interpusieron acción de tutela, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Bucaramanga por considerar que los demandados les han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida (C.P., artículo 11), a la seguridad social (C.P., artículo 48), al pago oportuno de las mesadas pensionales (C.P., artículo 53), a la salud (C.P., artículo 49), al mínimo vital básico (C.P. artículo 53) y al derecho de petición (C.P., artículo 23). Las señoras Josefa María de la Hoz Vda. de Centeno -T-118619- y Dioselina Cañaveral Vda. de Bonfante -T-115103- incoaron la acción ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Cúcuta que remitió los expe-

dientes a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, y el señor Sergio Tulio Soto Cantillo -T122985- lo hizo ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Barranquilla.

Manifiestan haber laborado para la empresa An Son Drilling Company of Colombia S.A. durante el tiempo estipulado para que ésta les reconociera una pensión "plena y vitalicia" de jubilación. Afirman que, a partir de 1990, la empresa empezó a incumplir el pago de las mesadas pensionales y de la prestación de los servicios médicos.

Según los actores, la An Son Drilling Company of Colombia S.A., por solicitud de algunos pensionados, fue convocada por la Superintendencia de Sociedades al trámite de un concordato preventivo obligatorio, a través del auto 410-3069 fechado el 27 de julio de 1995, apelado por la empresa y confirmado, mediante auto 410-4705, el 4 de octubre de 1995. Informan que se hicieron parte del proceso concordatario dentro del término establecido, con el fin de obtener el reconocimiento de los respectivos créditos pensionales.

Indican que la contralora María Hermi Hernández, y el Administrador Guillermo Alberto Fadul Mogollón, nombrados por la Superintendencia de Sociedades, han sido negligentes en el desarrollo de sus deberes y no han procurado la recuperación de la empresa ni el pago de las obligaciones laborales. Señalan que la contralora no ha instaurado ninguna acción revocatoria, pese a conocer la venta de varios equipos de perforación que, con la anuencia de varias autoridades, fueron sacados del país. A su juicio, el administrador se ha negado a expedir los certificados donde conste que los demandantes son pensionados de la empresa, el valor de la pensión y las sumas que se les adeudan hasta la fecha, y ha cancelado créditos posconcordatarios sin tener en cuenta la prelación de derechos laborales, entre los que se encuentran las obligaciones con los pensionados.

En criterio de los demandantes, la Junta Concordataria no ha cumplido sus funciones, como quiera que solo ha sostenido una reunión (septiembre de 1995), cuya acta no ha sido depositada en la Superintendencia de Sociedades. Por otro lado, señalan que la Superintendencia de Sociedades también violó la prelación de derechos laborales, toda vez que autorizó el pago de un crédito concordatario que la compañía tenia con la Administración de Impuestos, sin previo pago a los pensionados. Además no ha adelantado los trámites necesarios para lograr que el empresario moroso pague las mesadas pensionales adeudadas.

Los actores, sustentan sus peticiones en la sentencia de revisión T-323 de 24 de julio de 1996, proferida por la Corte Constitucional, en la cual se concedió tutela transitoria a un pensionado de la An Son Drilling Company of Colombia S.A., y se ordenó a la Superintendencia de Sociedades exigir a la empresa la elaboración de un programa de pagos de mesadas pensionales. En esta providencia la Corte Constitucional puntualizó que el pago oportuno de las mesadas pensionales es un derecho fundamental, susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, siendo este el mecanismo más eficaz para protegerlo, cuando "se trata de una persona de la tercera edad, de un anciano disminuido física y mentalmente", cuya mesada pensional constituye el mínimo vital básico de ingresos económicos que le permite "subsistir de manera digna". Los demandantes señalan que hasta el

momento, no se ha dado cumplimiento al mencionado pronunciamiento judicial en lo referente a la realización y la aplicación del plan de pagos.

A este respecto, ponen de manifiesto que la pensión es su única fuente de ingresos y anotan que no cuentan con ninguna otra renta que les permita subsistir dignamente como personas pertenecientes a la tercera edad. Los actores también indican que no reciben el servicio de salud requerido.

Por último, señalan que no disponen de otro medio oportuno e inmediato para obtener el pago de las mesadas pensionales, cuya demora les está produciendo un perjuicio irremediable, dada vez que la falta de recursos económicos está deteriorando su vida, su dignidad humana, su tranquilidad, y su libre desarrollo de su personalidad, así como los derechos de sus familias.

En razón de todo lo anterior, solicitan: (1) el pago de las mesadas pensionales adeudadas correspondientes a los períodos comprendidos entre marzo y septiembre de 1995 y enero y septiembre de 1996, las adicionales correspondientes a los períodos comprendidos entre junio y diciembre de 1995, y junio de 1996; (2) que se condene a la empresa An Son Drilling Company of Colombia S.A. y a las autoridades de la Superintendencia de Sociedades a elaborar un programa de pago oportuno de mesadas pensionales; (3) el pago de los intereses moratorios causados a partir del día siguiente al que empezó la mora y hasta el día en que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas, a la tasa de interés establecida por la Superintendencia Bancaria aumentada en la mitad esto es 66.80%, de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y, (4) que la Superintendencia de Sociedades ordene la liquidación de la empresa An Son Drilling Company of Colombia S.A. con el fin de preservar los derechos laborales.

2. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga avocó el conocimiento de las acciones mencionadas (a excepción del caso de la señora Josefa María de la Hoz Vda. de Centeno -T-118619-, y Dioselina Cañaveral Vda. de Bonfante -T-115103) y, solicitó a los demandados que informaran acerca de determinadas cuestiones relevantes para la resolución del asunto.

2.1. El primer suplente del representante legal de la empresa demandada, Felipe Dalmacio Martín Crespo, informó al juez de primera instancia acerca de su renuncia a la compañía, el 4 de noviembre de 1994, y de su calidad de pensionado de la misma, tal como consta en el acta de reconocimiento de pensión del 4 de enero de 1995.

2.2. El jefe del Departamento de Relaciones Industriales de la empresa demandada informó que el acta de reconocimiento de pensión de jubilación mensual sólo aparece en las hojas de vida de los demandantes Néstor Guillermo Miranda Buelvas (Exp. T-118466), Ramiro Rueda (Exp. T-118476), Domingo Enoc Caldera Ibarra, (Exp. T-118465) y Adolfo León Acosta Díaz (Exp. T-118467). No obstante, reconoció que pese a no encontrar las respectivas actas, la empresa ha reconocido el derecho a la pensión de los restantes demandantes. En consecuencia, indicó el valor pagado a los actores por concepto de mesadas pensionales y las sumas que se les adeudan. Señaló en el caso de la demandante Ana Victoria

Gutiérrez García (Exp. T-118477), existe una certificación de enero de 1996, expedida por el Revisor Fiscal de la empresa, donde se indica la suma que se le adeuda por concepto de mesadas pensionales hasta el 30 de septiembre de 1996. Con respecto al demandante Roberto Vargas Grass (Exp. T-118469), el Departamento de Relaciones Industriales informó el valor mensual que se le cancela como pensionado. En el caso de Campo Aníbal Granadas (Exp. T-120628) no existe ni reconocimiento ni certificación donde se indique la existencia de la pensión reclamada. La única constancia sobre dicho monto fue allegada por la Superintendencia de Sociedades (fol. 96), por la suma mensual de $328,013.oo.

La siguiente tabla indica el valor actual de la pensión de cada uno de los peticionarios y las sumas que se les deben, de acuerdo con lo informado por las personas antes mencionadas.

EXPEDIENTE	PENSION ACTUAL	DEUDA A SEPT. 30/1995	DEUDA ACUMULADA DESDE OCT. 1/1995 HASTA SEPT. 30/1996
T-115103	No se informa	No se informa	No se informa
T-118462	$ 1.897.093.oo	$ 14.292.441.oo	$ 18.970.830.oo
T-118463	790.175.oo	5.242.343.oo	8.612.885.oo
T-118464	143.891.oo	No se informa	No. se informa
T-118465	265.323.oo	1.981.150.oo	2.122.584.oo
T-118466	344.856.oo	2.598.111.oo	3.758.926.oo
T-118467	189.830.oo	1.262.023.oo	1.138.980.oo
T-118468	607.687.oo	No. se informa	No se informa
T-118469	265.267.oo	No se informa	No se informa
T-118470	830.228.oo	5.511.222.oo	8.914.214.oo
T-118472	429.185.oo	3.204.695.oo	4.678.125.oo
T-118474	702.376.oo	4.662.512.oo	7.655.876.oo
T-118475	498.121.oo	3.719.433.oo	5.429.511.oo
T-118476	291.829.oo	2.179.066.oo	2.334.632.oo
T-118477	823.383.oo	6.148.142.oo	9.057.213.oo
T-118619	No se informa	No se informa	No se informa
T-118675	616.669.oo	4.093.578.oo	6.105.010.oo
T-120583	120.451.oo	No se informa	No se informa
T-120628	328.013.oo	No se informa	No se informa
T-122985	405.654.oo	No se informa	No se informa

El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. informó que la empresa solicitó la autorización de la Superintendencia de Sociedades para realizar el desembargo de activos de la compañía a fin de cumplir con las acreencias concordatarias relativas al pago del pasivo pensional (Exp. T-118476, fls. 85-86; Exp. T-120583, fls. 106-107).

2.3. El jefe de la División de Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, Pablo Andrés Córdoba Acosta, puso en conocimiento del tribunal de tutela que, para dar cumplimiento a la sentencia T-323 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, esa División solicitó, el 9 de agosto de 1996, al administrador de la An Son Drilling Company of Colombia

S.A., que, en un plazo de 10 días, presentara el plan de pago de las mesadas pensionales ordenado en la citada sentencia. El administrador de la compañía respondió dicho oficio a través de escrito del 23 de septiembre de 1996, refiriéndose al plan de pago de las mesadas. Por oficio posterior de la Superintendencia, se pidió a la empresa complementar el plan de pagos con más información, aclarándole el hecho de que ya en ocasiones anteriores se habían autorizado desembargos de sumas de dinero, a petición de la Contralora y el Administrador, para atender gastos de administración de la sucursal, entre los cuales se encuentran las mesadas pensionales causadas con posterioridad al concordato, todo esto con el fin de dar estricto cumplimiento a la sentencia de la Corte Constitucional.

En referencia a las gestiones dirigidas a cubrir las deudas a los pensionados, indicó que la competencia de la Superintendencia de Sociedades se contrae exclusivamente a los créditos concordatarios, razón por la cual los créditos no concordatarios deben ser pagados como gastos de administración, entre los cuales se ubican las mesadas pensionales. Manifestó que "en este orden de ideas las mesadas pensionales causadas y no pagadas en la fecha de convocatoria a concordato se pagarán en los términos que se estipulen en el crédito concordatario que llegare a celebrarse entre la deudora y sus acreedores".

3. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga concedió la protección constitucional solicitada por los demandantes por providencias de las siguientes fechas:

NOMBRE DEMANDANTE	PENSION ACTUAL	FECHA DE LA SENTENCIA
Aminta Martínez de Morace	T-118462	Octubre 31 de 1996
Augusto Mena Córdoba	T-118463	Octubre 22 de 1996
Germán Luque Cardozo	T-118464	Octubre 7 de 1996
Domingo Enoc Caldera Ibarra	T-118465	Octubre 15 de 1996
Néstor Guillermo Miranda Buelvas	T-118466	Octubre 16 de 1996
Adolfo León Acosta Díaz	T-118467	Octubre 15 de 1996
Luis Alfredo Madrid Rico	T-118468	Octubre 10 de 1996
Roberto Vargas Grass	T-118469	Octubre 10 de 1996
Lucindo Vásquez Velásquez	T-118470	Octubre 8 de 1996
Rafael Antonio Gaviria	T-118472	Octubre 10 de 1996
Pedro Beltrán Herrera	T-118474	Octubre 15 de 1996
José Guillermo de Avila Franco	T-118475	Octubre 15 de 1996
Ramiro Rueda	T-118476	Octubre 11 de 1996
Ana Victoria Gutiérrez García	T-118477	Octubre 21 de 1996
Tomás de Jesús Barba Bastidas	T-118675	Octubre 28 de 1996
Francisco Ospino Orozco	T-120583	Noviembre 12 de 1996
Campo Aníbal Granadas	T-120628	Octubre 31 de 1996

El juez de tutela consideró que la calidad de vida, constituye un valor del Estado colombiano y, por lo tanto, no es admisible que, por una omisión estatal se genere "el descenso a vida infrahumana de uno de sus súbditos". El juzgador observó que a un pensionado de la tercera edad se le causa un grave perjuicio al privarlo de su único medio de subsistencia,

con el cual satisface sus necesidades vitales. A su juicio, el mero retraso o mora en el pago, aún cuando no es objetivamente inconstitucional, en el caso de las personas de la tercera edad implica un gran peligro debido a las condiciones de vulnerabilidad de éstas. Según el fallador, lo anterior se agrava si dichas personas tampoco gozan de la prestación de servicios de salud.

De otra parte, el Tribunal de Tutela indica que la Superintendencia de Sociedades ha dicho durante el proceso que "no puede hacer más" para corregir la situación de los demandantes, de acuerdo con las competencias y facultades que le otorga la ley.

En virtud de todo lo anterior, el juez de tutela: (1) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia a que, a más tardar en el término de un mes, cancele los dineros correspondientes a las mesadas pensionales de los demandantes causadas a partir de la fecha de cada una de las sentencias; (2)condenó a la An Son Drilling Company of Colombia a que siga pagando las futuras mesadas con absoluta puntualidad; (3) ordenó a la Superintendencia de Sociedades a tomar todas aquellas medidas dirigidas a que los pagos atrasados se actualicen a la mayor brevedad posible y se proyecte y se acoja un plan de conmutación pensional;(4) envió copias de la providencia al despacho del señor Superintendente para su directo e inmediato conocimiento y cumplimiento y al señor Ministro de Trabajo para efectos de gestión y vigilancia; y, (5) denegó las demás pretensiones por falta de fundamento constitucional.

4. El 29 de octubre de 1996 la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá concedió la tutela instaurada por la señora Dioselina Cañaveral Vda. de Bonfante (Exp. No. T-115103), al considerar que los hechos alegados por la demandante debían darse por ciertos, como quiera que no hubo respuesta a la demanda. El Tribunal de Tutela concluyó que la situación alegada por la actora es violatoria de sus derechos fundamentales y la coloca en una situación de indefensión por su calidad de pensionada. Adicionalmente, el juez consideró que la negativa de la empresa de expedir un certificado que le permita a la demandante ejercer las acciones pertinentes para obtener el pago de su pensión, viola su derecho a la igualdad, toda vez que a otros pensionados sí se les expidió el mencionado certificado.

Por estos motivos, condenó a la An Son Drilling Company of Colombia a que: (1) a más tardar en el término de cuarenta y ocho (48) horas después de la notificación de la sentencia expidiera el certificado solicitado por la demandante; y, (2) adelante y realice los trámites necesarios para pagar a la demandante su pensión de jubilación en las mismas condiciones en las que otros pensionados han recibido dicho pago después de abierto el proceso concordatario.

5. El 1° de Noviembre de 1996, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá concedió, en forma transitoria, la acción de tutela instaurada por la señora Josefa María de la Hoz Vda. de Centeno (Exp. No. T-118619), y acogió en su integridad, la sentencia T-323 de 1996, proferida por la Corte Constitucional.

Por esta razón, el Tribunal: (1) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia a que, a más tardar en el término de cuarenta y cinco (45) días después de la notificación de

la sentencia, adelante y concluya los trámites necesarios para pagar a la demandante las mesadas causadas a partir de la sentencia y restablezca la prestación correspondiente al servicio de salud; (2)ordenó a la Superintendencia de Sociedades que exigiera a la demandada un programa de pagos de las mesadas pensionales causadas y no pagadas durante el trámite concordatario, con indicación de los bienes afectados a dicho fin y las acciones conducentes a ese propósito y, así mismo, que ejerciera especial vigilancia sobre el cumplimiento de dicho programa.

De otro lado, advirtió a la demandante que debía iniciar el proceso correspondiente dentro de un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la fecha de la sentencia.

6. En relación con la acción de tutela impetrada por el señor Sergio Tulio Soto Cantillo (Exp. No. T-122985) se surtieron los siguientes trámites:

6.1 El 31 de octubre de 1996, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla se abstuvo de conocer esta acción de tutela por carecer de competencia para ello y, en su lugar, remitió el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

6.2 Por auto fechado el 13 de noviembre de 1996, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá avocó el conocimiento del proceso y ofició al demandado para que informara sobre el tiempo de servicio, fecha de retiro, fecha de reconocimiento de la pensión y razones por las que se suspendió el pago de dichos montos al actor. Así mismo, solicitó a la Superintendencia de Sociedades que informara acerca de todas las cuestiones relacionadas con el asunto bajo estudio.

6.2.1 La An Son Drilling Company of Colombia S.A. indicó que el demandante laboró para la empresa en forma discontinua, a través de dos contratos, el primero con fecha 9 de diciembre de 1963 y el segundo fechado el 16 de septiembre de 1989, para un total de 16 años y 4 días de servicio. La empresa alegó que no existe constancia escrita de la existencia de la pensión a favor del actor, pero que, sin embargo, se han realizado pagos mensuales por valor de $ 405,654.oo, a favor del actor el último de lo cuales tuvo lugar en diciembre de 1995.

6.2.2. En el expediente (fl.# 28) aparece una comunicación fechada el 30 de octubre de 1996 dirigida por la empresa a la Superintendencia de Sociedades, en la cual se informa sobre la situación del señor Soto Cantillo. Este documento también establece el compromiso de la empresa con el pago de las mesadas pensionales adeudadas al demandante, cuyo valor asciende a $42,000,000.oo de pesos, a partir de los fondos provenientes de un título judicial por valor de $52,000,000.oo.

6.3. Mediante sentencia de noviembre 26 de 1996, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá concedió transitoriamente la tutela instaurada por el demandante.

En su fallo, el a quo se acogió a la sentencia T-323 de 1996 proferida por la Corte Constitucional y adoptó las siguientes decisiones:

(1)Condenó a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. a que, a más tardar en el término de 45 días, cancele los dineros correspondientes a las mesadas pensionales del demandante causadas a partir de la fecha de la sentencia y a restablecer la prestación del servicio de salud; y, (2)ordenó a la Superintendencia de Sociedades que exigiera a la empresa un programa de pagos de las mesadas pensionales causadas y no pagadas durante el trámite concordatario, con la indicación de los bienes afectados para tal fin.

Por último, advirtió a la demandante que debe iniciar el proceso correspondiente dentro de un término máximo de cuatro (4) meses a partir de la sentencia.

7. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó los fallos con fundamento en los siguientes argumentos: (1) la agobiante situación económica, como quiera que sus recursos económicos se han reducido al mínimo necesario y sus operaciones y actividades han cesado; (2) el comportamiento de los fallos determinaría la violación del principio de igualdad, toda vez que se crearía una categoría especial de acreedores laborales que además, conduciría a la paralización de la empresa; (3) la ley ha previsto, para casos como éste, que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social realice las gestiones necesarias para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de los pensionados; (4) las empresas promotoras de salud no aceptan las afiliaciones de los trabajadores activos ni tampoco las de los pensionados, en razón de la situación concordataria de la empresa. Esto ha sido manifestado verbalmente por SALUD COLMENA Y CAFESALUD; y, (5) acatar el fallo significaría dejar de pagar a los trabajadores activos y no atender los gastos de operaciones, lo cual paralizaría a la Empresa.

8. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, revocó las sentencias de primera instancia y denegó los amparos constitucionales solicitados mediante providencias de las siguientes fechas:

NOMBRE DEMANDANTE	EXPEDIENTE	FECHA DE LA SENTENCIA
Dioselina Cañaveral Vda. de B.	T-115103	Enero 29 de 1997
Aminta Martínez de Morace	T-118462	Noviembre 26 de 1996
Augusto Mena Córdoba	T-118463	Noviembre 26 de 1996
Germán Luque Cardozo	T-118464	Noviembre 26 de 1996
Domingo Enoc Caldera Ibarra	T-118465	Noviembre 26 de 1996
Néstor Guillermo Miranda Buelvas	T-118466	Noviembre 26 de 1996
Adolfo León Acosta Díaz	T-118467	Noviembre 26 de 1996
Luis Alfredo Madrid Rico	T-118468	Noviembre 26 de 1996
Roberto Vargas Grass	T-118469	Noviembre 26 de 1996
Lucindo Vásquez Velásquez	T-118470	Noviembre 26 de 1996
Rafael Antonio Gaviria	T-118472	Noviembre 26 de 1996
Pedro Beltrán Herrera	T-118474	Noviembre 26 de 1996
José Guillermo de Avila Franco	T-118475	Noviembre 26 de 1996
Ramiro Rueda	T-118476	Noviembre 26 de 1996

Ana Victoria Gutiérrez García	T-118477	Noviembre 26 de 1996
Josefa María de la Hoz Vda. de C.	T-118619	Noviembre 28 de 1996
Tomás de Jesús Barba Bastidas	T-118675	Noviembre 29 de 1996
Francisco Ospino Orozco	T-120583	Diciembre 12 de 1996
Campo Aníbal Granadas	T-120628	Diciembre 13 de 1996
Sergio Tulio Soto Cantillo	T-122985	Enero 24 de 1997

Según el *ad quem*, el art. 90 de la Ley 222 de 1995 determina que las actuaciones propias de un concordato, así como las decisiones que en virtud del mismo se adopten, revisten carácter jurisdiccional. Por esto, si los demandantes se hicieron parte dentro del proceso concordatario abierto por la Superintendencia de Sociedades, la acción de tutela es improcedente, como quiera que los actores están utilizando un proceso que constituye un medio de defensa judicial idóneo.

La Corte consideró que las acciones impetradas no procederían, ni siquiera, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que el proceso concursal esta dirigido a evitar este perjuicio, toda vez que éste permite la conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo. A juicio de la Corte lo pretendido por los demandantes "paradójicamente podría tener como consecuencia impedir la finalidad propia del proceso concursal del concordato al dificultar cualquier acuerdo entre los acreedores y el deudor".

De otro lado, el juez de tutela de segunda instancia estimó que las órdenes impartidas en los fallos de primera instancia al Superintendente de Sociedades debían ser mantenidas, como quiera que este funcionario no los impugnó.

En relación con la violación al Derecho a la Salud, la Corte consideró que no se habían aportado elementos de juicio que permitieran establecer su vulneración o amenaza, razón por la cual de resultar lesionado o puesto en peligro en un futuro por hechos diferentes a los expuestos en la presente acción, los demandantes podrían acudir de nuevo a la acción de tutela.

Por último, el ad quem llamó la atención del Tribunal Superior de Bucaramanga por considerar que había procedido en forma contradictoria al conceder la tutela en forma transitoria en algunos casos, conminando a los demandantes a promover el correspondiente proceso judicial y, en otros casos, al concederla en forma definitiva como si no existiera otro medio judicial de defensa.

Las anteriores decisiones fueron enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, al ser seleccionadas, correspondió a esta Sala su conocimiento.

II. Proceso de tutela T-117717 adelantado por MATILDE LEON

1. El 30 de octubre de 1996, la señora Matilde León interpuso acción de tutela contra la An Son Drilling of Colombia S.A., ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, por los mismos hechos y en iguales términos a los expuestos en el nume-

ral I. 1. (v. supra), aclarando que es "pensionada en sustitución".

2. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Neiva avocó el conocimiento del caso y solicitó a la Superintendencia de Sociedades que informara acerca de todas las cuestiones relacionadas con el asunto bajo estudio. De igual forma, envió copia del escrito de tutela a las personas demandadas para que estas se pronunciaran y presentaran las pruebas que estimaran pertinentes.

2.1. El jefe de la División de Concordatos de la Superintendencia de Sociedades se pronunció en los mismos términos expuestos en el numeral I. 2.4. (v. supra).

2.2. Por su parte, el Superintendente de Sociedades aportó fotocopias de todas las actuaciones que se han desarrollado dentro del trámite concordatario de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. (fls. 31-83, 102-125).

3. Por providencia de 15 de noviembre de 1996, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Neiva denegó la tutela instaurada por Matilde León contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A.

El Tribunal de tutela consideró que la actora reclamó la protección de los derechos fundamentales de un número indeterminado de personas, dentro de las cuales no se incluyó y cuyos nombres ni siquiera mencionó. Además no aportó ningún poder y tampoco indicó ni demostró la razón por la cual esas personas no se encontraban en condiciones de promover su propia defensa. En consecuencia, el fallador declaró la improcedencia de la acción interpuesta.

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

III. Proceso de tutela T-119033 adelantado por MANUEL PRASCA SMITH

1. El 15 de octubre de 1996 el señor Manuel Prasca Smith interpuso acción de tutela, contra la An Son Drilling of Colombia S.A., ante el Juzgado Laboral del Circuito de la ciudad de Barrancabermeja, por los mismos hechos y en los mismos términos expuestos en el numeral I. 1. (v. supra). Aclaró que, mediante un proceso laboral decidido hace 14 años, la empresa quedó obligada a cancelarle las mesadas pensionales correspondientes a una pensión de invalidez.

2. En audiencia pública de octubre 17 de 1996, el Juzgado Laboral del Circuito de la ciudad de Barrancabermeja se abstuvo de conocer de la acción de tutela interpuesta por carecer de competencia para ello y, en su lugar, remitió el expediente al Juzgado 1o. Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá. En efecto, el juez consideró que la supuesta violación de los derechos fundamentales habían tenido lugar en Bogotá y eran por ende, los jueces de esa ciudad quienes los competentes para conocer de la acción de tutela.

3. Mediante auto de noviembre 13 de 1996, el Juzgado 1o. Laboral del Circuito de

Santafé de Bogotá avocó el conocimiento del caso y solicitó a la An Son Drilling Company Of Colombia S.A., que informara acerca de determinadas cuestiones, relevantes para la resolución del asunto.

3.1. El representante legal de la empresa An Son Drilling Company of Colombia S.A. informó que, una vez revisada la hoja de vida del demandante, no se encontró constancia alguna que indicara el tiempo de servicios, como tampoco se encontró acta de reconocimiento de pensión de jubilación. No obstante lo anterior, manifestó que la empresa le cancela pagos mensuales por valor de $446.762.oo y le adeuda las sumas correspondientes a los meses de Enero a Noviembre de 1996 (fls. 23).

4. Por providencia de 27 de noviembre de 1996 el Juzgado 1o. Laboral del Circuito de Santafé de Bogotá concedió la tutela instaurada por Manuel Prasca Smith contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A.

El Juez de tutela consideró que el derecho de petición el actor había sido vulnerado flagrantemente y sin justificación alguna por parte del demandado. A juicio del fallador, no es aceptable que al demandante no le haya sido resuelta su solicitud de expedición de un certificado que muestre su calidad de pensionado, el monto de su pensión y las sumas que se le adeudan.

De otro lado el a quo estimó que el no pago de las mesadas pensionales al peticionario constituye una violación flagrante de su derecho al mínimo vital como quiera que se trata de un pensionado de la tercera edad quien merece una especial protección. Al respecto señala que el demandante deriva su subsistencia únicamente de su pensión y además se encuentra en estado de invalidez.

5. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó extemporáneamente el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7. (v. supra). Esta impugnación fue remitida sin ningún trámite a la Corte Constitucional.

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

IV. Proceso de tutela T-121070 adelantado por FELIPE PEREZ ARIZA

1. El 27 de noviembre de 1996, el señor Felipe Pérez interpuso acción de tutela contra la empresa An Son Drilling Company of Colombia S.A., ante el Juzgado 6o. Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, por considerar que la demandada le ha vulnerado sus derechos fundamentales a la seguridad social (C.P., artículo 48), al pago oportuno de las mesadas pensionales y "los demás derechos que aparezcan violados".

2. El demandante manifestó ser pensionado de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. desde el 1 de septiembre de 1994. Sin embargo, la empresa le ha incumplido, desde enero de 1996, el pago de las mesadas pensionales - cada una por valor de $547.307.oo -, el reajuste correspondiente al año de 1996 y el pago de los servicios médi-

cos. Así mismo, indicó que tiene 75 años y que debe mantener a su esposa e hijos. Adicionalmente, el demandante allegó una serie de pruebas relativas a un proceso en su contra, promovido por la Corporación Colmena, dirigido al cobro de un crédito hipotecario, a cuya cancelación destinaba parte de los recursos que recibía por concepto de su pensión.

El actor informó que, en febrero 28 de 1996, gracias a la intervención de la Defensoría del Pueblo, le fueron canceladas la mesadas adeudadas hasta el mes de diciembre de 1995. Sin embargo, la empresa volvió a incumplir sus obligaciones a partir de enero de 1996.

3. Por medio de providencia fechada el 18 de diciembre de 1996, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito denegó la acción de tutela interpuesta.

El a quo argumentó que las pretensiones del demandante consisten en la cancelación de mesadas pensionales pendientes de pago, frente a las cuales la acción de tutela no procede, como quiera que el caso bajo estudio puede ser resuelto a través de otros recursos o medios judiciales de defensa.

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

V. Procesos de tutela T-123280, T-123281, T-123284, T-123286 adelantados respectivamente por JOSE ANTONIO RUIZ SANABRIA, JAIME CIFUENTES, VIRGINIA PEREZ VDA. DE FONTALVO Y PEDRO JOSE MUÑOZ PULIDO

1. Los demandantes interpusieron acción de tutela ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, contra las mismas personas, por los mismos hechos y en los mismos términos expuestos en el numeral I. 1. (v. supra).

2. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta se abstuvo de conocer de las acciones de tutela interpuestas por carecer de competencia para ellos y, en su lugar, remitió los expedientes a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

3. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá consideró que tampoco era competente para conocer de las acciones interpuestas (salvo en el caso del Exp. T-123286) por ellos y planteó un conflicto negativo de competencia ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

4. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el conflicto de competencias planteado, absteniéndose de resolver el problema. En su criterio, el Tribunal Superior de Cúcuta, al considerarse carente de competencia, debió devolver las solicitudes a quienes las hicieron para que estas personas las presentaran de nuevo con arreglo a la ley. Por este motivo ordenó remitir los expedientes al Tribunal Superior de Cúcuta para que éste resolviera lo procedente.

5. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta avocó el conocimiento de las accio-

nes interpuestas y solicitó al representante legal de la demandada y a la Superintendencia de Sociedades que informaran acerca de todas las cuestiones relacionadas con el asunto bajo estudio. Adicionalmente, notificó la admisión de la acción de tutela a las personas demandadas con el fin de que se pronunciaran si era del caso y presentaran las pruebas que estimaran pertinentes.

5.1. El jefe de la División de Concordatos de la Superintendencia de Sociedades se pronunció en los mismos términos expuestos en el numeral I. 2.4. (v. supra).

5.2 Por su parte, el Superintendente de Sociedades aportó fotocopias de algunas de las actuaciones que se han desarrollado dentro del trámite concordatario de la An Son Drilling Company of Colombia S.A.

5.3 El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A., hizo llegar los siguientes datos acerca de la situación pensional de los demandantes:

NOMBRE DEMANDANTE	EXPEDIENTE	PENSION ACTUAL	FECHA ULTIMO PAGO
José Antonio Ruíz Sanabria	T-123280	$ 849.221.oo	Diciembre de 1995
Jaime Cifuentes	T-123281	$551.481.oo	Diciembre de 1995
Virginia Pérez Vda. de F.	T-123284	$328.895.oo	Diciembre de 1995
Pedro José Muñoz Pulido	T-123286	$207.196.oo	Mayo de 1996

Precisó que en ninguno de los casos, existe constancia de reconocimiento de la pensión de jubilación, salvo en el caso del señor Pedro José Muñoz, quien es pensionado desde el 16 de Agosto de 1990.

6. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta concedió transitoriamente las tutelas instauradas por los demandantes contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A., por medio de providencias de las siguientes fechas:

NOMBRE DEMANDANTE	EXPEDIENTE	FECHA DE LA PROVIDENCIA
José Antonio Ruíz Sanabria	T-123280	Diciembre 4 de 1996
Jaime Cifuentes	T-123281	Diciembre 4 de 1996
Virginia Pérez Vda. de Fontalvo	T-123284	Diciembre 4 de 1996
Pedro José Muñoz Pulido	T-123286	Diciembre 4 de 1996

El Tribunal consideró que el Estado está en la obligación de asegurar que las relaciones laborales se desenvuelvan en condiciones dignas y justas, de velar por el respeto permanente de los derechos de los empleados públicos y privados, y de asegurar las garantías mínimas otorgadas al trabajador en materia de remuneración y prestaciones.

Añadió que los actores son personas de la tercera edad que carecen del mínimo vital de

ingresos económicos que les permita disfrutar de una especial calidad de vida, como quiera que la sociedad demandada no les cancela la pensión a la que hoy por hoy tienen derecho.

De otro lado, el fallador estimó que, aun cuando existe otro medio de defensa judicial, las acciones de tutela interpuestas proceden como mecanismos transitorios para evitar un perjuicio irremediable, en razón de la urgencia de los demandantes de satisfacer su mínimo vital.

En virtud de todo lo anterior, el juez de tutela adoptó las siguientes decisiones: (1) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. para que, a más tardar en el término de 45 días, adelante y concluya los trámites, gestiones y actos necesarios para pagar a los demandantes las mesadas causadas a partir de la fecha de cada una de las sentencias y restablezca la prestación de los servicios de salud a los peticionarios tienen derecho; (2) informó a los actores que deben acudir, dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de cada una de las providencias, ante las autoridades judiciales competentes para que se decida definitivamente la controversia en torno a la totalidad de las pretensiones planteadas en las acciones de tutela interpuestas; (3) ordenó a la Superintendencia de Sociedades que exigiera a la compañía un plan de pagos de las mesadas pensionales causadas y no pagadas durante el trámite concordatario, con indicación de los bienes afectados a dicho fin y de las actuaciones conducentes a ese propósito; (4) envió copias de las providencias al despacho del Superintendente para su directo e inmediato conocimiento y cumplimiento y al Ministro de Trabajo para lo de su competencia; (5) denegó la acción de tutela respecto de las personas demandadas, diferentes de la An Son Drilling Company of Colombia S.A; y, (6) denegó las demás pretensiones.

7. El Dr. Alberto Fadul Mogollón, en su calidad de representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A., impugnó los fallos el 6 de diciembre de 1996 con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7.

8. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó las sentencias de primera instancia y denegó el amparo constitucional mediante providencias de las siguientes fechas:

NOMBRE DEMANDANTE	EXPEDIENTE	FECHA DE LA PROVIDENCIA
José Antonio Ruíz Sanabria	T-123280	Enero 29 de 1997
Jaime Cifuentes	T-123281	Enero 29 de 1997
Virginia Pérez Vda. de Fontalvo	T-123284	Enero 29 de 1997
Pedro José Muñoz Pulido	T-123286	Enero 29 de 1997

El ad quem se pronunció en los mismos términos expuestos en el numeral I. 8. (v. supra).

Las anteriores decisiones fueron enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, al ser seleccionadas, correspondió a esta Sala su conocimiento.

VI. Proceso de tutela T-124257 adelantado por OBDULIO RUIZ ROMERO

1. El 18 de octubre de 1996, el señor Obdulio Ruíz Romero interpuso acción de tutela contra la Empresa An Son Drilling Company of Colombia S.A., ante el Juzgado 5o. Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, en los mismos términos señalados en el numeral I. 1. (v. supra).

2. En el expediente obra una certificación expedida por la empresa el 8 de noviembre de 1996 donde se indica que no existe resolución de reconocimiento de la pensión de jubilación. Sin embargo, en el mismo documento la empresa informa que realiza pagos mensuales por $264,888.oo a favor del petente, que el valor adeudado al 30 de septiembre de 1995 es de $ 1,995,642.oo y que el valor adeudado desde abril 1 de 1996 a la fecha de la certificación es de $1,854,216.oo (fl. 76).

3. Por medio de sentencia del 15 de noviembre de 1996, el Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá concedió el amparo solicitado, y ordenó a los órganos del concordato que tomaran las medidas necesarias para detener la causación del pasivo laboral insoluto, de manera a lograr la garantía del pago del derecho que le asiste al petente a partir de la fecha. Así mismo, ordenó a dichos órganos que, en un término de 5 días, propusieran posibles soluciones para dar el logro del pago de las mesadas adeudadas, así como la relación de los bienes afectados a tal fin.

4. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7. (v. supra).

5. Mediante providencia de Febrero 10 de 1997, el Juzgado 31 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá, confirmó el fallo del a quo, al considerar que dicha decisión se adecuó a las normas constitucionales y legales pertinentes.

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

VII. Proceso de tutela T-125944 adelantado por TULIO ENRIQUE ALEMAN NIETO

1. El 15 de octubre de 1996, el señor Tulio Enrique Alemán interpuso acción de tutela, contra la An Son Drilling of Colombia S.A., ante el Juzgado Promiscuo Civil Municipal del municipio de Sabana de Torres, por los mismos hechos y en los mismos términos expuestos en el numeral I. 1. (v. supra).

2. Por providencia de octubre 15 de 1996, el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Sabana de Torres, se abstuvo de conocer de la acción de tutela interpuesta por carecer de competencia territorial para ello y, en su lugar, remitió el expediente al Juez 25 Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

3. El Juzgado 25 Civil Municipal de Santafé de Bogotá avocó el conocimiento del caso

y solicitó a los demandados que informaran acerca de determinadas cuestiones relevantes para la resolución del asunto.

3.1 La contralora de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. aportó datos relacionados a la situación económica de la empresa (fls. 70-76).

3.2. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A., informó que el demandante sí tiene reconocido su derecho a la pensión de jubilación y que la última mesada pensional que se le canceló correspondió al mes de enero de 1996 por un valor de $360.100.oo.

3.3. La Superintendencia de Sociedades remitió copia de algunos de los trámites que se han realizado dentro del proceso concordatario.

3.4 El jefe de la División de Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, se pronunció en los mismos términos expuestos en el numeral I.2.4. (v. supra.). Adicionalmente, expuso que, en virtud de los fallos de tutela proferidos dentro de las acciones instauradas por Germán Luque Cardozo, Lucindo Vásquez Velásquez, Rafael Antonio Gaviria, Roberto Vargas Grass y otros, dirigió varios oficios al administrador de la empresa para que remitiera a la Superintendencia un programa de pagos de las mesadas pensionales causadas y no pagadas durante el trámite concordatario (con la indicación de los bienes afectos a dicho fin y las acciones conducentes a ese propósito), la actualización de los pagos atrasados y la proyección de un plan de conmutación pensional con el fin de acogerse al mismo. (fls. 102-106)

4. Por providencia del 14 de noviembre de 1996, el Juzgado 25 Civil Municipal de Santafé de Bogotá concedió transitoriamente la acción de tutela instaurada por Tulio Enrique Alemán Nieto.

El juez de tutela consideró que el pago de las mesadas pensionales causadas con anterioridad a la fecha de convocatoria de la empresa a concordato, por tratarse de acreencias vinculadas al trámite concordatario, debería esperar a la definición del mismo. Sin embargo, estimó que las obligaciones laborales causadas con posterioridad a dicha convocatoria constituyen créditos o gastos de administración de pago preferencial.

A juicio del a quo el no pago de las mesadas pensionales a que tiene derecho el actor constituye una violación flagrante de sus derechos, toda vez que se trata de un pensionado de la tercera edad, quien merece una especial protección.

Según el juzgador de primera instancia, si bien es cierto que el demandante podría recurrir a la justicia ordinaria para hacer valer su crédito, también lo es que el demandante lleva 11 meses sin recibir su mínimo vital, lo cual le causa un perjuicio irremediable que determina la prevalencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección.

Por último, el juez de tutela señalo que no era explicable que luego de varios pronunciamientos judiciales, incluido el de la Corte Constitucional, la Superintendencia de Sociedades no hubiera ejercido adecuadamente su labor de vigilancia con miras a exigir a la empresa demandada un plan de pago de las mesadas pensionales.

En virtud de lo anterior, el a quo adoptó las siguientes decisiones: (1) concedió transitoriamente la tutela del derecho al mínimo vital del demandante; (2) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia, S.A. a que, a más tardar en el término de 45 días, adelante y concluya los trámites, gestiones y actos necesarios para pagar al demandante las mesadas causadas a partir de la fecha de la sentencia y a restablecer la prestación correspondiente del servicio de salud al que tiene derecho; y, (3) ordenó a la Superintendencia de Sociedades que exigiera a la compañía un plan de pagos de las mesadas pensionales causadas y no pagadas durante el trámite concordatario, con la indicación de los bienes afectados a dicho fin y las actuaciones conducentes a ese propósito.

5. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I.7. (v. supra).

6. Mediante providencia de febrero 6 de 1997, el Juzgado 10 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia.

Según el ad quem, el retraso en el pago de las mesadas pensionales y la ausencia de prestación de servicios médicos, han puesto en peligro la vida del demandante a quien debe brindarse una especial protección en razón de su calidad de persona de la tercera edad.

Manifestó que, si bien es cierto que la empresa es generadora de empleo y que el concordato preventivo es un mecanismo que busca preservar la compañía, no es constitucional ni humano sacrificar el derecho a la vida de una persona de la tercera edad, con el fin de proteger la supervivencia de la empresa.

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

VIII. Proceso de tutela T-125258 adelantado por LUIS OTERO OTERO

1. El 12 de noviembre de 1996, el señor Luis Otero Otero interpuso acción de tutela, por medio de apoderado, contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A., ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bucaramanga, reclamando la protección constitucional transitoria a su derecho fundamental al mínimo vital.

El demandante manifestó haber prestado sus servicios por más de 20 años a la An Son Drilling Company of Colombia, quien le reconoció una "pensión plena y vitalicia", a partir del 1 de abril de 1986, por una cuantía inicial de $ 131.250,oo. Alegó que la demandada ha incumplido el pago de las mesadas pensionales y que a partir del 1° de marzo de 1996, no recibe el pago de su derecho pensional.

Igualmente, el actor indicó que, para el año de 1995, el valor de su pensión ascendía a la suma de $678.722,oo. Manifestó que se le adeudan todos los pagos hasta la fecha de la demanda, así como las mesadas adicionales de junio y diciembre, lo cual suma un total de $6.108.498.oo. Agregó que, como consecuencia de lo anterior se ha visto obligado a vivir de la caridad de sus familiares y de préstamos que no ha podido cancelar por el no pago

oportuno de las mesadas pensionales.

2. El Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bucaramanga, por medio de providencia de noviembre 28 de 1996, concedió la tutela como mecanismo transitorio, como quiera que la An Son Drilling Company of Colombia S.A. ha incurrido en una violación al derecho al mínimo vital del actor, conexo con su derecho a la vida, al dejar de cancelar las mesadas pensionales causadas durante el concordato preventivo obligatorio al que está sometida.

En razón de lo anterior, el juez adoptó las siguientes decisiones: (1) ordenó a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. adelantar y concluir los trámites, gestiones y actos necesarios para pagar al demandante las mesadas que se causen a partir de la fecha de la providencia y restablecer la prestación del servicio de salud al que tiene derecho; y, (2) indicó al actor que debe acudir, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la providencia, ante las autoridades judiciales competentes.

3. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7. (v. supra).

4. La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó el fallo de primera instancia mediante providencia del 7 de febrero de 1997.

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

IX. Proceso de tutela T-127758 adelantado por LORENZO CARVAJAL SERRANO

1. El 21 de octubre de 1996, el señor Lorenzo Carvajal Serrano interpuso acción de tutela contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A., ante el Juzgado Promiscuo Civil Municipal del municipio de Sabana de Torres, por los mismos hechos y en los mismos términos expuestos en el numeral I. 1. (v. supra).

2. Por providencia de octubre 23 de 1996 el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Sabana de Torres se abstuvo de conocer de la acción de tutela interpuesta por carecer de competencia territorial para ello, en su lugar, remitió el expediente al Juez 52 Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

3. El Juzgado 52 Civil Municipal de Santafé de Bogotá avocó el conocimiento del caso y solicitó a la demandada que informara acerca de determinadas cuestiones relevantes para la resolución del asunto.

3.1. El representante legal de la compañía informó que el demandante sí tiene reconocido su derecho a la pensión de jubilación por un valor de $470.855.oo.

3.2. El jefe de la División de Concordatos de la Superintendencia de Sociedades, se pronunció en los mismos términos expuestos en el numeral I. 2.4. (v. supra).

4. Por providencia del 19 de noviembre de 1996, el Juzgado 52 Civil Municipal de Santafé de Bogotá concedió transitoriamente la acción de tutela instaurada por Lorenzo Carvajal Serrano.

El juez de tutela consideró que, con la suspensión del pago de las mesadas pensionales y la negativa a la prestación de los servicios médicos, se está atentando contra derechos constitucionales fundamentales del actor tan importantes como el Derecho a la Vida y a la Dignidad Humana.

A juicio del a quo, a pesar de la existencia para el petente de otros medios de defensa judicial como la acción ejecutiva laboral o la concurrencia al proceso concordatario para hacer valer sus créditos, la acción de tutela debe acogerse debido a la violación del "mínimo vital" del demandante.

Según el juzgador de instancia, el trámite concursal por el cual atraviesa la compañía demandada no puede ser óbice para el cumplimiento de los gastos de administración, dentro de los cuales se encuentran las mesadas pensionales destinadas a satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores.

En virtud de todo lo anterior, el juez de tutela: (1) concedió transitoriamente la tutela de los derechos invocados por el demandante; (2) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. a que, a más tardar en el término de 30 días, adelante y concluya los trámites, gestiones y actos necesarios para pagar al demandante las mesadas causadas a partir de la fecha de la sentencia y a restablecer la prestación correspondiente al servicio de salud al que tiene derecho.

5. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7. (v. supra).

6. Mediante providencia del 11 de febrero de 1997 el Juzgado 19 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia en su integridad, con argumentos similares a los del a-quo.

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

X. Proceso de tutela T-128732 adelantado por RAFAEL ORTIZ BRANGO

1. El 16 de octubre de 1996, el señor Rafael Ortíz Brango interpuso acción de tutela contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A., ante el Juzgado Promiscuo Civil Municipal del municipio de Puerto Wilches, por los mismos hechos y en los mismos términos expuestos en el numeral I. 1. (v. supra)

2. En la actualidad la mesada pensional del actor asciende a un valor de $357.192.oo.

3. Por providencia de octubre 18 de 1996 el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de

Puerto Wilches se abstuvo de conocer de la acción de tutela interpuesta por carecer de competencia territorial para ello, en su lugar, remitió el expediente al Juez 39 Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

4. El Juzgado 39 Civil Municipal de Santafé de Bogotá avocó el conocimiento del caso y solicitó a la demandada que informara acerca de determinadas cuestiones relevantes para la resolución del asunto.

5. Por providencia del 9 de diciembre de 1996, el Juzgado 39 Civil Municipal de Santafé de Bogotá concedió la acción de tutela instaurada por Rafael Ortíz Brango para proteger el derecho a la vida, seguridad social y pago oportuno de mesadas pensionales, y negó la acción para proteger el derecho de petición.

El juez de tutela consideró que, en el caso del peticionario, las mesadas pensionales generadas desde el 27 de julio de 1995 son créditos posconcordatarios, y si bien es cierto que la ley otorga al acreedor otro mecanismo de defensa judicial, ello no puede considerarse justificación suficiente para que la empresa demandada no cumpla con el pago de su obligación, en especial en el caso del demandante que confía, ahora en su vejez, de dichas sumas para su sustento.

En virtud de todo lo anterior, el juez de tutela: (1) denegó la tutela en protección al derecho de petición, (2) concedió la tutela protegiendo el derecho a la vida; (3) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. a que, a más tardar en el término de 48 horas, acredite la elaboración y ejecución del programa de pagos de mesadas pensionales causadas durante el transcurso del concordato; y, (4) ordenó al administrador de la An son Drilling Company of Colombia S.A., acreditar el pago de mesadas pensionales hechas a favor de Rafael Ortíz Brango, así como de informar al pensionado de los centros de salud y asistenciales donde se le atienda.

6. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7. (v. supra).

7. Mediante providencia del 28 de febrero de 1997 el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá reformó el fallo de primera instancia, pues considera que la responsabilidad por el adecuado trámite del proceso concordatario recae sobre la Superintendencia de Sociedades, y es ella la obligada a exigirle a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. la elaboración del programa de pagos a los pensionados. En razón a lo anterior ordena al Superintendente de Sociedades, para que en el término de 48 horas, exija al administrador de la An Son Drilling Compañy of Colombia S.A. que acredite la elaboración y ejecución, de manera detallada, de un programa tendiente al pago de las mesadas pensionales causadas en el transcurso del concordato, y le exija por igual, demostrar el pago de las mesadas pensionales que indicó se realizaron hasta Junio de 1996.

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

XI. Proceso de tutela T-128801 adelantado por JOAQUIN ELIAS GARCIA

1. El 28 de octubre de 1996, el señor Joaquín Elías García Alvarez interpuso acción de tutela contra la An Son Drilling Company of Colombia S.A., ante el Juzgado Promiscuo Civil Municipal del municipio de Sabana de Torres, por los mismos hechos y en los mismos términos expuestos en el numeral I. 1. (v. supra).

2. El actor manifiesta que para el año 1995 su mesada pensional se encontraba en un valor de $357.192.oo., es diabético, y debido a la suspensión del servicio de salud adeuda una suma al Hospital Integrado de Sabana de Torres en virtud de gastos de ambulancia, droga y atención médica por una operación de próstata que le fue realizada en septiembre de 1996.

3. El actor aportó su certificado de ingresos y retenciones del año gravable 1995, en el cual la An Son Drilling Company of Colombia S.A. indicó pagos al demandante por concepto de pensión por un valor de $5.412.000.oo.

4. Por providencia de octubre 30 de 1996 el Juzgado Promiscuo Civil Municipal de Sabana de Torres se abstuvo de conocer de la acción de tutela interpuesta por carecer de competencia territorial para ello, en su lugar, remitió el expediente al Juez 3o. Civil Municipal de Santafé de Bogotá.

5. El Juzgado 3o. Civil Municipal de Santafé de Bogotá avocó el conocimiento del caso y solicitó a la demandada que informara acerca de determinadas cuestiones relevantes para la resolución del asunto.

6. Por providencia del 13 de enero de 1997, el Juzgado 3o. Civil Municipal de Santafé de Bogotá concedió la acción de tutela instaurada por Joaquín Elías García Alvarez.

El juez de tutela consideró que, el silencio de la empresa respecto del informe solicitado por el Despacho para darle claridad a la situación planteada por el demandante, tiene como consecuencia el tener por ciertos los hechos denunciados.

A juicio del a-quo, con la suspensión del pago de las mesadas pensionales y la negativa a la prestación de los servicios médicos, se está generando un daño irreparable al demandante, ya que se le está privando del único medio de satisfacción de sus necesidades básicas.

Según el juzgador de instancia, el trámite concursal por el cual atraviesa la compañía demandada no puede ser óbice para el cumplimiento de los gastos de administración, dentro de los cuales se encuentran las mesadas pensionales destinadas a satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores.

Finalmente, indicó el a-quo que según el certificado de ingresos y retenciones presentado, y el valor de la mesada pensional denunciado por el actor para el año 1995, An Son Drilling Company of Colombia S.A. declaró haber pagado al actor no sólo el valor total de

las mesadas pensionales de 1995, sino un valor superior correspondiente posiblemente a las primas legales. Por lo tanto el juzgador consideró prudente poner en conocimiento de las autoridades respectivas este hecho, teniendo en cuenta la posibilidad de circunstancias que ameriten una investigación penal.

En virtud de todo lo anterior, el juez de tutela: (1) concedió la tutela de los derechos invocados por el demandante; (2) condenó a la An Son Drilling Company of Colombia S.A. a que, a más tardar en el término de 48 horas, adelante y concluya los trámites, gestiones y actos necesarios para pagar al demandante las mesadas pensionales a que tiene derecho, incluyendo las que se le adeudan, y a restablecer la prestación correspondiente al servicio de salud; y, (3) ordenó la expedición de 2 juegos de copias, el primero para la Superintendencia de Sociedades con el fin de que ésta efectúe las gestiones necesarias tendientes a garantizar los derechos del demandante, y el segundo para la Fiscalía General de la Nación con el fin de que investigue una posible infracción de la ley penal.

7. El representante legal de la An Son Drilling Company of Colombia S.A. impugnó el fallo con los mismos argumentos expuestos en el numeral I. 7. (v. supra).

8. Mediante providencia del 12 de marzo de 1997 el Juzgado 23 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá confirmó el fallo de primera instancia en su integridad, con argumentos similares a los del a-quo.

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

9. Mediante autos de mayo 13, junio 18 y septiembre 9 de 1997, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional ordenó el recaudo de una serie de pruebas consideradas determinantes para adoptar la solución establecida en la presente sentencia. Al contenido de las mencionadas pruebas se hará referencia en los fundamentos jurídicos que a continuación se presentan.

FUNDAMENTOS

Las decisiones que se revisan

1. Los pensionados de la empresa An Son Drilling Company of Colombia - declarada en concordato preventivo obligatorio desde el 27 de julio de 1995 -, interpusieron acciones de tutela contra la empresa y otras autoridades públicas encargadas de vigilarla, por considerar que han vulnerado sus derechos al trabajo (C.P., artículos 25 y 53, inciso 3°), a la vida (C.P., artículo 11), a la salud (C.P., artículo 49) y a la seguridad social (C.P., artículo 48), en razón del no pago de las mesadas pensionales a cargo de la An Son, aproximadamente, desde el 1° de marzo de 1995 y de la suspensión del servicio médico al que tienen derecho.

2. Los jueces y tribunales de primera instancia ordenaron el pago inmediato de las pensiones. En su criterio, la no cancelación de las pensiones y de las cotizaciones para

la prestación de los servicios de salud vulnera el derecho fundamental al mínimo vital (C.P., artículo 1°), toda vez que los actores son todas personas de la tercera edad cuya única fuente de subsistencia proviene de las mesadas pensionales. Así mismo, los falladores consideraron que si bien existían mecanismos judiciales ordinarios para hacer efectivos los derechos vulnerados, el no pago de las mesadas pensionales ocasionaba a los demandantes un perjuicio irremediable que determinaba la procedencia transitoria de la acción de tutela. De igual modo, varios de los juzgadores de primera instancia estimaron que la existencia de un proceso concursal no constituía razón suficiente para demorar o no efectuar el pago de las mesadas pensionales causadas con posterioridad a la apertura del concordato, como quiera que el acuerdo concordatario sólo persigue el pago de los créditos causados con anterioridad al trámite concursal.

3. No obstante, los jueces de segunda instancia, con excepción de los Juzgados 10, 19, 23, 26 y 31 Civiles del Circuito de Santa Fe de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, revocaron las decisiones de primera instancia y rechazaron o denegaron el amparo constitucional solicitado. La Sala procederá al análisis de cada uno de los argumentos esgrimidos por los primeros para negar o rechazar las acciones de tutela impetradas.

4. Algunas de las decisiones revisadas, cuestionan la hipótesis de que, en el caso *sublite*, exista un evento de subordinación o de indefensión que determine la procedencia de la acción de tutela contra una sociedad de carácter privado como es la "An Son Drilling Company of Colombia S.A.".

En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha considerado que las relaciones de carácter laboral, incluidas las relaciones entre empresas y pensionados, constituyen el caso paradigmático de subordinación en cuyo ámbito la acción de tutela opera como mecanismo de protección y defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores o pensionados. Así mismo, la jurisprudencia constitucional estima que el fenómeno de la indefensión se produce cuando el actor no dispone de ningún medio de defensa judicial distinto de la acción de tutela o cuando las acciones judiciales ordinarias con las que cuenta no son lo suficientemente eficaces para proteger o defender con prontitud el derecho o derechos fundamentales conculcados. En casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, en los cuales una empresa sometida a concordato preventivo obligatorio no paga a sus pensionados las mesadas a que tienen derecho, la Corte ha estimado, como se verá adelante, que tanto el proceso ordinario laboral como el proceso concordatario son insuficientes para defender, con la eficiencia y urgencia requeridas por este tipo de casos, los derechos fundamentales de los pensionados, situación que determina un estado de indefensión frente al cual la acción de tutela resulta procedente.

5. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró que la acción de tutela era improcedente toda vez que la existencia de un proceso concordatario, - en el cual los actores se hicieron parte -, garantiza, a su juicio, la eficacia de los derechos alegados por los demandantes y, por lo tanto, se erige como medio idóneo de defensa judicial.

Como lo ha advertido esta Corporación[1], el concordato constituye un mecanismo adecuado para solicitar la cancelación de los créditos contraídos por una empresa antes de la apertura del trámite concursal. Las acreencias surgidas con posterioridad a la apertura del señalado trámite, como las mesadas pensionales que se causen en este período, son consideradas por la ley como *gastos de administración* que, se supone, la empresa está en capacidad de asumir oportunamente. Dichas acreencias, por disposición legal, no forman parte del acuerdo concordatario y, por ende, mal puede alegarse que dicho trámite resulta adecuado para solicitar su cobro.

6. A juicio de varios de los jueces y tribunales de segunda instancia, la disponibilidad de las acciones laborales ordinarias aptas para el cobro de las mesadas atrasadas, determinaba la improcedencia de la acción de tutela en el presente caso.

A diferencia de lo sostenido por los falladores de tutela de segunda instancia, la jurisprudencia constitucional tiene establecido que, en tratándose del pago de mesadas pensionales atrasadas de personas de la tercera edad cuyo medio de sustento está constituido exclusivamente por esas pensiones, la acción de tutela es el único mecanismo procesal idóneo para asegurar su efectivo cumplimiento. A este respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

"En el caso que se estudia, el trabajador podría acudir a la justicia ordinaria para hacer efectivos los créditos laborales. No obstante, habiendo transcurrido más de un año sin el pago oportuno de su pensión de jubilación, y estando de por medio el proceso concordatario que puede resultar dispendioso, ante la urgencia de satisfacer el mínimo vital, y dado su evidente estado de indefensión, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"[2].

7. Por último, las sentencias de segunda instancia que negaron el amparo consideraron que, en el presente caso, no se producía un perjuicio irremediable que requiriera ser conjurado mediante la procedencia transitoria de la acción de tutela.

La jurisprudencia antes transcrita pone en evidencia que el aserto planteado por los jueces de tutela carece de todo sustento constitucional. En casos como el que se estudia, se causa un perjuicio irremediable cuando una empresa deja de cancelar oportunamente las mesadas pensionales a sus pensionados, toda vez que se trata de personas de la tercera edad cuya única fuente de recursos depende de las pensiones señaladas y su vinculación al mercado de trabajo es del todo incierta. Adicionalmente, lo anterior resulta agravado si la empresa deudora se encuentra sometida a un trámite concursal dentro del cual las autoridades estatales encargadas de llevarlo a cabo no cumplen con las misiones que la Constitución Política les ha asignado.

Sobre la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, esta Sala de Revisión indi-

1 ST-323/96 y ST-299/97 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
2 ST-323/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

có, en un caso similar al que ahora se estudia:

"De otra parte no existe duda sobre la importancia que adquiere, en el caso concreto, la protección de la efectividad del derecho a la seguridad social. En las condiciones de edad y económicas del peticionario, la omisión de la empresa le genera un daño irreparable, pues la satisfacción de sus necesidades básicas depende, por entero, del pago oportuno e integral de su mesada pensional"[3].

8. En suma, cuando una empresa que ha asumido directamente el pago de la carga pensional y que se encuentra sometida al trámite de un concordato preventivo obligatorio deja de cancelar las mesadas pensionales, se concreta la violación del derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital de los pensionados. En estos eventos, la acción de tutela es procedente en razón de la necesidad de conjurar o aminorar el perjuicio irremediable que se causa con ocasión de la situación antes descrita.

No sobra reiterar que, en los casos como el que ahora estudia la Sala, se concreta una violación de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital porque los titulares de los mismos son personas de la tercera edad, objeto de una especial protección por parte de las autoridades estatales (C.P., artículos 13 y 46), cuya única fuente de subsistencia está representada por los recursos que perciben por concepto de las correspondientes mesadas y cuya vinculación al mercado laboral es del todo incierta en razón de su edad.

En conclusión, las razones expuestas llevan a la Sala a compartir el razonamiento seguido por los jueces y tribunales que concedieron el amparo y ordenaron a la empresa en concordato cancelar oportunamente las mesadas pensionales a su cargo. Sin embargo, como se verá, actualmente existen graves circunstancias que le impiden a la Sala prohijar integralmente las ordenes adoptadas.

Las circunstancias que dieron lugar al caso que se estudia y las condiciones actuales de la empresa demandada

9. Indican los actores que desde el año de 1990 la empresa comenzó a presentar retardos en el pago de las mesadas y a enfrentar problemas administrativos. Sin embargo, sólo hasta 1994 se hizo patente el estado de crisis financiera y de desorden administrativo en el cuál se encuentra. En efecto, en el expediente reposa un informe de marzo de 1995, suscrito por el revisor fiscal de la compañía en el que manifiesta la existencia de algunas irregularidades que luego se traducirían en graves problemas contables, administrativos y financieros. Sobre este último aserto, dan crédito la totalidad de los informes de las personas que, desde el segundo semestre de 1995, han intervenido en las gestiones de la empresa.

10. El 30 de diciembre de 1994 la Asociación de Pensionados de la An Son Drilling se dirigió al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, para informarle que la empresa "se viene negando sistemáticamente al cumplimiento de la ley, específicamente al pago de

3 ST-323/96 MP. Dr.. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mesadas pensionales, y otras irregularidades relacionadas con el servicio médico". En consecuencia, se solicitó a este ente que interviniese para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pensionales, y, si fuese del caso, para tramitar un proceso de conmutación pensional. El representante de la empresa intervino, asegurando categóricamente, que se había dado estricto cumplimiento a la ley laboral y que no se adeudaba suma alguna por los conceptos señalados.

El 23 de agosto de 1995, mediante la resolución 2715, el Ministerio sancionó a la empresa luego de verificar que había vulnerado la ley laboral como consecuencia del retraso en el pago de las pensiones y de los servicios médicos. Le impuso, en consecuencia, una multa de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, que, según los documentos presentados, aún no ha sido cancelada.

Adicionalmente, dicho ministerio comprobó que la empresa había dejado de constituir la garantía pensional de que trata el artículo 13 de la Ley 171 de 1961. A tenor de la norma citada: "Toda empresa privada, cuyo capital no sea inferior a ochocientos mil pesos ($800.000) está obligada a contratar con una compañía de seguros y a satisfacción del Ministerio de Trabajo el cumplimiento de las obligaciones actuales o eventuales que la afecten en materia de pensiones...".

La An Son Drilling Company of Colombia, que se encontraba en la hipótesis de hecho descrita en la norma citada, incumplió la perentoria obligación en ella contenida, sin que ninguna autoridad pública hubiese intervenido para exigirle una conducta ajustada a derecho. Sólo hasta el 17 de noviembre de 1995, un año más tarde a la presentación de las solicitudes de los pensionados, el Ministerio determinó tal incumplimiento y, mediante la resolución 3659 resolvió requerir a la empresa para que, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución, constituyese la mencionada garantía pensional.

Sin embargo, para entonces, la sociedad se encontraba ya en pleno proceso concursal - desde el 27 de julio de 1995 -, y, por los documentos que reposan en el expediente, su estado financiero, administrativo y contable resultaba lamentable. Por estas razones, nunca se dio cumplimiento al requerimiento del Ministerio. Tal situación dio lugar a la expedición de la resolución 0096 de 16 de enero de 1996, a través de la cuál se sancionó a la empresa con la suma de cuarenta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes a favor del SENA, por haber incumplido lo dispuesto en la resolución 3659 antes citada. Naturalmente, esta obligación tampoco ha sido satisfecha.

11. A raíz de la solicitud elevada por los pensionados al Ministerio el 30 de diciembre de 1994, encaminada a producir la conmutación de las pensiones de jubilación actuales y eventuales, la Ministra del Ramo remitió un informe al Presidente del Instituto de Seguros Sociales, el 27 de noviembre de 1995. Dicho informe constituye, según las normas vigentes (Decreto 2677 de 1971 y decreto reglamentario 1572 de 1973) el primer paso para producir la conmutación. En él, la Ministra le indica al Presidente del ISS que la empresa analizada se encuentra en una de las causales de conmutación pensional previstas en el artículo 2 del decreto 2677 de 1971 - notable estado de descapitalización -

y que, por consiguiente, su despacho emite concepto favorable a la solicitud de conmutación pensional, formulada por los pensionados y trabajadores de la referida empresa.

Mediante oficio UPA 089 del 16 de enero de 1996, la Unidad de Planeación y Actuaría del ISS informó a la empresa sobre el concepto favorable del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y le solicitó la remisión del respectivo cálculo actuarial, la nota técnica y la documentación correspondiente para poder adelantar los trámites de la conmutación. El 26 de junio de 1997, el Instituto informó a esta Sala de Revisión que no había recibido la información solicitada. Sin embargo, durante los diez y siete meses que han transcurrido, tal entidad no pudo comprobar una sola gestión encaminada a lograr que la empresa diera respuesta oportuna a su solicitud. Tampoco notificó al Ministerio de Trabajo para que esta entidad, en ejercicio de las atribuciones que le confiere la ley, hubiere instado a la empresa a cumplir con la obligación de enviar la información necesaria para salvaguardar los derechos de los pensionados.

La Sala preguntó al Ministro de Trabajo si esa entidad había adelantado algún acto, distinto al envío del informe favorable, encaminado a verificar que la empresa, que se encontraba en una aguda crisis financiera y que tenía a su cargo el pago de pensiones de jubilación, no defraudara a sus ex-trabajadores. Al respecto, el Ministro respondió que dicha entidad "no tiene competencia para ejercer ningún acto de vigilancia y control sobre las actividades que le corresponda desarrollar al Instituto de Seguros Sociales, luego de que el Ministro emite el concepto, bien sea favorable o desfavorable, sobre la solicitud de conmutación pensional".

Tal y como aparece en el "análisis de la situación económica - financiera de An Son Drilling Company of Colombia", elaborado por funcionarios de la subdirección de Prestaciones Económicas y Asistenciales del Ministerio, tal entidad era plenamente consciente de la aguda crisis por la que atravesaba la empresa y del riesgo al que estaban sometidas las pensiones de sus ex-trabajadores. En estas condiciones, a pesar de las afirmaciones del Ministro del Ramo antes transcritas, considera la Corte que los funcionarios del Ministerio habrían podido intervenir para asegurar la ejecución pronta y oportuna del trámite de conmutación pensional. En efecto, basta citar alguna de las normas que otorgan competencias de vigilancia y control al Ministerio en cuestión: el numeral 1 del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo - subrogado por el artículo 41 del decreto ley 2351 - establece, entre otras cosas, que los funcionarios del Ministerio del Trabajo podrán hacer comparecer, a sus respectivos despachos, a los patronos para exigirles la presentación de informes útiles y necesarios para el cumplimiento de su misión - dentro de la cual esta la defensa de los derechos pensionales de los trabajadores -, así como para ordenar las medidas preventivas que consideren necesarias a fin de impedir que violen las disposiciones relativas a la protección de los derechos de los trabajadores. Adicionalmente, el artículo 486-2 de la misma codificación - subrogado por el artículo 97 de la Ley 50 de 1990 -, prescribe que los funcionarios del Ministerio del Trabajo pueden imponer multas equivalentes al monto de una a cien veces el salario mínimo legal mensual vigente, por el incumplimiento de las obligaciones patronales.

Tratándose de un tema de tanta relevancia constitucional, como es el del pago de las

pensiones a las personas de la tercera edad, mal puede el Ministerio exigir norma expresa que le autorice a controlar a las empresas privadas en este específico asunto, puesto que para ello resultan suficientes las competencias generales contenidas, entre otros, en los artículos citados.

12. Frente a la inacción de las autoridades que tienen a su cargo las funciones de policía laboral y ante la persistente omisión del pago de las mesadas, los pensionados acudieron a la Superintendencia de Sociedades a fin de que convocara a la empresa a un proceso concursal para asegurar que su crédito fuese respetado. Esta entidad, previa la realización de los estudios correspondientes, convocó, mediante auto 4103069, al trámite de un concordato preventivo obligatorio con sus acreedores. El 4 de agosto de 1995, la representante legal de la sociedad concordada interpuso recurso de reposición contra el auto 4103069. Sin embargo, la entidad de control, ratificó su decisión inicial.

El objetivo central de la Superintendencia era el de salvaguardar el crédito pero manteniendo a la empresa como unidad económica y como fuente generadora de empleo. A pesar de lo anterior, pocos meses después de convocado el trámite, comenzó a ser claro que la sociedad no estaba en capacidad de recuperarse.

Desde diciembre de 1995, la contralora nombrada por la Superintendencia de Sociedades para vigilar el trámite, advirtió que la sucursal concordada no estaba en condiciones de asumir los gastos de administración, pero como algunas licitaciones se encontraban en curso, se albergó la esperanza de que pudiese continuar desarrollando su objeto social. No obstante, según los documentos aportados al proceso, desde 1995 la sociedad no celebraba contrato alguno que le permitiera iniciar un proceso de recuperación y, en consecuencia, generar nuevos ingresos. Incluso, el informe de visita de la Superintendencia (julio 24 de 1997), indica que "la sociedad no da utilidad desde 1993".

A este respecto, no sobra indicar que los miembros de la Junta Provisional de Acreedores, desde su primera reunión el 14 de mayo de 1996, fueron enfáticos en señalar la urgencia de acelerar el trámite concordatario, "para que la empresa no se desangre por gastos de funcionamiento". En consecuencia, le solicitaron al representante legal de la concursada, entre otras cosas, realizar un inventario real de activos, así como un plan de conciliaciones y de pago del pasivo laboral. Según el informe enviado a esta Sala por la Superintendencia, durante los 24 meses que duro el trámite concordatario el representante legal no cumplió con tales indicaciones. El 5 de junio de 1996, los miembros de la Junta propusieron y aprobaron que el representante legal elaborase y presentase una propuesta de "concordato liquidatorio". Sin embargo, no aparece prueba de que se hubiese dado cumplimiento a dicha instrucción.

En suma, de las pruebas aportadas al expediente, puede concluirse que el tramite al cual estaba convocada la empresa, se pospuso inútilmente, aumentando los gastos de administración y postergando una solución definitiva para quienes, como los pensionados, encuentran amenazados y aún violados sus derechos fundamentales por el proceder omisivo de la empresa.

En efecto, no sobra indicar que desde la declaratoria del concordato hasta mayo 26 de 1997, los gastos de administración de la empresa ascendieron a 2.963.301.712, según informe presentado a esta Sala por su representante legal. Adicionalmente, entre abril y junio de 1997, se vendieron activos por 369.806.229. De las cifras anteriores, solo un porcentaje menor se destinó al pago del pasivo pensional, en tanto que otra parte se empleó en pagar salarios, conciliaciones, prestaciones sociales, impuestos, servicios públicos y otros gastos de administración, como viáticos, contratos de prestación de servicios etc.

Todo lo anterior sin contar con los persistentes cuestionamientos de los trabajadores y pensionados sobre la ausencia de poder real que se ejerce sobre los pocos activos de la sucursal. En su criterio, las autoridades han sido incapaces de ejercer un control efectivo y, en cambio, han permitido que se efectúen negocios sobre activos que pertenecían a la compañía y cuya propiedad ha sido transferida ilegalmente, descapitalizando a la empresa en desmedro de sus derechos. Alegan que estos hechos han sido conocidos por el representante legal de la sociedad y por algunos funcionarios, sin que se hubiesen adoptado las medidas tendentes a revocar los negocios realizados o a evitar que se enajenen los bienes de la sucursal.

Estas afirmaciones no fueron objeto de debate en el presente proceso. Por eso la Corte no puede pronunciarse al respecto. Sin embargo, por tratarse de acusaciones que pueden tener relevancia penal o disciplinaria, la Corporación remitirá copias de la sentencia y del expediente a las autoridades competentes. Adicionalmente, como será expuesto en el fundamento 32 de esta decisión, se remitirá copia de el expediente al señor Defensor del Pueblo para que investigue los hechos denunciados y asuma la defensa de los intereses patrimoniales de los pensionados y los trabajadores afectados.

13. El 26 de enero de 1996, Hernando Luis Parejo Sánchez interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra la empresa An-Son Drilling Company of Colombia S.A., por hechos similares a los que dieron lugar a la interposición de las acciones que se estudian en el presente proceso. En esa oportunidad, la Corte indicó:

> "En las condiciones descritas, resulta claro que el proceso concursal no es óbice para que el empleador pueda sufragar los gastos de administración, dentro de los cuales se encuentra el pago de las mesadas pensionales causadas durante su trámite, las que deberán ser pagadas de preferencia, no sólo porque se trata de créditos laborales -destinados a atender las necesidades básicas inmediatas -, sino por el imperativo constitucional que vincula, tanto a los particulares como al Estado, a proteger, en forma prevalente, a las personas de la tercera edad (C.P. art. 13 y 46).
>
> (...)
>
> 11. Por último, advierte la Corte que la única manera de garantizar a largo plazo el pago efectivo y oportuno de los derechos del actor a cargo de la empresa, reside en un programa de pago de los pasivos laborales y, en particular de las mesadas pensionales, soportado por las garantías que para el efecto establece la ley. En este sen-

tido, se compulsarán copias a la Superintendencia de Sociedades y al Ministerio de Trabajo, a fin de que, dentro de sus respectivas competencias y en cumplimiento de los mandatos legales y constitucionales que los vinculan con la defensa de los derechos de las personas de la tercera edad (C.P arts. 13, 46) y en especial, del derecho constitucional a la seguridad social (C.P. art. 53), realicen las gestiones necesarias para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del actor".

Sin embargo, ni el representante legal de la empresa ni la Superintendencia de Sociedades parecen haber cumplido la orden impartida. Un plan de pago de las mesadas pensionales, requiere tomar en serio el hecho de estar frente a créditos privilegiados y excluyentes, no sólo por razón del orden de prelación legal, sino porque se trata de satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital de las personas de la tercera edad. En estas condiciones, habría sido pertinente elaborar el catálogo de activos y definir la figura financiera que mejor garantizara en el futuro el pago de las correspondientes mesadas. No se trata de vender activos y destinar parte del producto a pagar algunos créditos pensionales insatisfechos. La tarea de las autoridades comprometidas con la defensa de los derechos fundamentales, consiste en intentar mitigar el perverso efecto de las omisiones del empresario y de las entidades publicas involucradas y diseñar o promover mecanismos que, dentro de las dificultades evidentes, tiendan de la mejor manera posible, a garantizar a los pensionados una vejez digna.

A pesar de que la Corte había prevenido a las autoridades sobre la crítica situación de la empresa y señalado que, en defensa de los derechos fundamentales involucrados las entidades de control que adviertan que una sociedad no está en posibilidad de cancelar - así sea tardíamente - los gastos de administración, deben proceder a liquidarla, el trámite concordatario de la An Son Drilling se dilató inútilmente durante un año. Con ello, se deterioró notoriamente la situación financiera de la sociedad y se postergó el pago de las mesadas a las que tienen derecho los pensionados, las que constituyen su único sustento.

14. Según la Superintendencia de Sociedades la entidad no es responsable por el pago de los gastos de administración. Adicionalmente, alega que no es procedente la liquidación hasta tanto no se finalicen todas las etapas del concordato. La Corte disiente de la anterior opinión.

Al respecto no sobra recordar que esta Corporación ya ha indicado categóricamente que las autoridades de control y vigilancia y, en especial, el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social y la Superintendencia de Sociedades, deben velar porque en el trámite de un concordato, los derechos de los pensionados que corresponden a gastos de administración, no resulten amenazados o quebrantados. El Estatuto Superior impone a las entidades antes anotadas la obligación especialísima de adoptar todas aquellas medidas que sean conducentes y necesarias para garantizar el pago de los derechos laborales de trabajadores y pensionados.

En particular, la Corte ha estimado que las competencias de la Superintendencia de Sociedades no se reducen exclusivamente al logro de un acuerdo en torno al pago de los créditos concordatarios sino que, con fundamento en deberes que la ley y la Constitución le

imponen, debe velar que la empresa cumpla con las obligaciones laborales causadas con posterioridad a la apertura del concordato. En efecto, si una empresa se encuentra en la clara imposibilidad de pagar los gastos de administración, ello significa que falta uno de los presupuestos esenciales del concordato y, por lo tanto, la Superintendencia debe convocar, de inmediato, a un trámite liquidatorio, so pena de permitir que siga aumentando, inútilmente, el pasivo de la entidad.

Sobre este particular la Corte ha señalado:

"Podría argumentarse que las competencias de la Superintendencia de Sociedades se contraen exclusivamente a lograr un acuerdo entre los acreedores y la empresa en concordato acerca del pago de los créditos concordatarios contraído por aquélla. Sin embargo, la Corte considera que el cometido que la Constitución y la ley han encomendado a la Superintendencia de Sociedades, esto es la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles (C.P., artículo 189-24), implica una serie de facultades que, pese a no estar definidas de manera detallada, son necesarias para el cabal cumplimiento de los fines para los que fue creada.

(...)

A la luz de estos postulados, la Sala considera que la labor de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades no sería completa si sus funciones estuvieran relacionadas sólo con las obligaciones concordatarias. Ciertamente, "la recuperación económica de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo" (Ley 222 de 1995, artículo 94), como objetivo primordial del concordato preventivo obligatorio, no depende exclusivamente del acuerdo concordatario que se alcance entre la empresa y sus acreedores para el pago de los créditos contraído con anterioridad a la apertura del trámite concursal sino, también, de que la sociedad cancele oportunamente sus gastos de administración y otro tipo de obligaciones posconcordatarias"[4].

15. El 3 de julio de 1997, por medio del auto 4104187, la Superintendencia de Sociedades declaró fracasado el concordato preventivo y, por consiguiente, dispuso la iniciación del trámite de liquidación obligatoria de los bienes que componen el patrimonio de la empresa mencionada. Según informe fechado el 12 de septiembre y remitido a esta Sala de Revisión por el Superintendente de sociedades, el 20 de agosto venció el término para que los acreedores presentaran sus créditos. En el mismo documento, el Superintendente aclara a la Sala que su despacho no puede rendir informe alguno sobre la situación financiera de la empresa "hasta tanto no se presente el inventario previamente verificado por la junta asesora del liquidador y avalúo de los bienes haberes y negocios que conforman el patrimonio a liquidar, lo cuál deberá ocurrir en próximas etapas procesales".

16. El señor Alberto Fadul Mogollón, quien desde el mes de febrero de 1996 había asu-

4 ST-299/97 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mido la representación legal de la empresa en concordato, fue nombrado liquidador por la Superintendencia de Sociedades. Desde su primera intervención ante la Corte por hechos similares a los que dieron lugar a las tutelas que se estudian, hasta su última declaración -declaración juramentada rendida a los 22 días del mes de agosto de 1997 ante el Superintendente de Sociedades -, manifestó que la empresa afrontaba graves problemas financieros que no le permitían asumir integralmente los gastos y demás obligaciones vencidas.

En la declaración juramentada antes mencionada, sobre la situación laboral de la sociedad, se lee:

"PREGUNTADO: Manifieste cuál es la situación laboral actual de la compañía y que gestiones ha usted adelantado al respecto: **CONTESTO**: La situación laboral de la compañía actualmente es la siguiente: La empresa tiene aproximadamente unos setenta y cinco (75) pensionados directos; son extrabajadores cuyas edades están por encima de los cincuenta (50) años, sus mesadas se encuentran atrasadas, la nómina de esos pensionados en este año tiene un costo aproximadamente de cincuenta millones de pesos ($50.000.000) sin incluir gastos de la seguridad social, los cuales la empresa ha venido atendiendo directamente en la medida de sus posibilidades. Activos hay unos ocho (8) trabajadores aproximadamente, de los cuales se encuentran en licencia tres (3), quedando al servicio de la empresa cinco (5) trabajadores, los cuales también tienen sus sueldos atrasados. No tenemos afiliación a la seguridad social por las razones ya expuestas en la parte financiera y además se encuentran una serie de extrabajadores los cuales fueron liquidados hace muchos años y que tienen sus prestaciones pendientes de pago".

En la misma declaración, sobre la situación financiera de la empresa, el liquidador afirmó:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar a este Despacho cuál es la situación financiera que afronta la sociedad en liquidación que usted representa. **CONTESTO**: La situación financiera de la empresa tal como se ha informado en diferentes escritos a la Superintendencia de Sociedades es muy difícil. Sobre todo en la parte laboral y especialmente con los pensionados. La empresa tiene mesadas pendientes de pago con los pensionados que superan los doce (12) meses, hay sueldos atrasados a los pocos trabajadores que nos quedan activos, hay impuestos pendientes de pago y los recursos líquidos con que cuenta la empresa para atender estos pagos son escasos. En realidad, no contamos sino con algunas recuperaciones de cartera que aspiramos se den en estos próximos treinta (30) días. De allí en adelante la empresa quedaría en la absoluta iliquidez para atender los compromisos de todo tipo, incluidos los gastos de la administración".

17. Los registros que a solicitud de la Sala de Tutela fueron aportados al expediente, permiten pensar, razonablemente, que existe la posibilidad de que la empresa no tenga activos suficientes para responder por el pasivo adquirido, ni aún, por la integridad del pasivo laboral. En efecto, todos los informes de las autoridades de vigilancia y control así como los balances y estados financieros presentados por el representante legal, advierten que los activos están sobrevaluados; que no se conoce el inventario físico real (el último fue realizado

en 1994) y, que, con certeza, sólo puede afirmarse, al menos en esta etapa del trámite, que la sociedad cuenta con un activo considerable, - consistente en el inmueble ubicado en la diagonal 41 No 96-09 - cuyo valor podría ascender, según documento de la propia entidad anexo al informe de visita de la Superintendencia, a $1.717.986.008. Sobre los restantes activos fijos, en las notas a los estados financieros a 31 de diciembre de 1996, la revisora fiscal afirma:

"Activos fijos: rubro también bastante significativo sobre el cual tampoco se hizo inventario físico y es muy poco por no decir nada lo que se sabe sobre la existencia de los equipos, maquinaria y vehículos que figuran en libros y se encuentran ubicados fuera del perímetro urbano de Santafé de Bogotá, tampoco se sabe con certeza si sobre ellos recae alguna restricción legal para el libre enajenamiento (sic). Sobre este rubro también se pronunció la revisoria fiscal anterior, sin lograr ser atendida por la misma situación económica que vive la empresa" (nota 8).

De otra parte, puede afirmarse que durante el trámite concordatario la empresa vendió un número importante de los activos conocidos. Así, por ejemplo, para referirnos sólo al último periodo, baste citar la comunicación del liquidador - antes representante legal - a la Superintendencia de Sociedades:

"INFORME RESULTADOS VENTA DE ACTIVOS IMPRODUCTIVOS DE LA SOCIEDAD AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A.

El proceso de venta de los activos inservibles de An-Son Drilling Company of Colombia S.A. se inició previa autorización de la Superintendencia de Sociedad en el mes de Abril de 1997, y concluyó en el mes de Junio de 1997.

En éstas operaciones, cuyos soportes fueron reportados en su momento a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, se recaudaron la suma de trescientos sesenta y nueve millones ochocientos seis mil doscientos veintinueve pesos m.l. ($369.806.229).

Estos recursos fueron aplicados en los siguientes conceptos:

		VALORES PAGADOS	%
1 Salarios, liquidaciones de Prestaciones Sociales, Honorarios y servicios	Ps$	182.342,244	49,30
2 Mesadas a Pensionados		118.434,110	32,04
3 Gastos Médicos - atenciones a Pensionados		8.504,088	2,30
Gastos Médicos - atenciones a Personal de Admon.		4.336,757	1,17
4 Impuestos y Retenciones en la Fuente		27.052,000	7,31
5 Servicios Públicos y Otros Gastos de Administración		29.137,030	7,88
TOTALES	369.806,229	100.00	

Atentamente,

AN-SON DRILLING COMPANY OF COLOMBIA S.A.
COMPAÑIA EN LIQUIDACION OBLIGATORIA
ALBERTO FADUL MOGOLLON
Liquidador"

Por último, no sobra indicar que, según el informe del 3 de abril de 1997, de la compañía Watson Wyatt Colombia S.A., la reserva de jubilación que a 31-12-96, debería constituir la empresa para garantizar el pago de la totalidad de las acreencias por ese concepto asciende a $11.271.062.594.00.

18. En síntesis, la sucursal de la sociedad extranjera An-Son Drilling Company of Colombia S.A., con domicilio principal en Panamá, República de Panamá[5], vinculada al sector petrolero, que venia operando desde hace casi 40 años en el país, decidió asumir integralmente la carga pensional de todos sus extrabajadores, sin cumplir con el deber legal de asegurar, mediante la constitución de una garantía, el cumplimiento de su obligación. Hasta diciembre de 1994, cuando los trabajadores y pensionados acudieron al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al Instituto Colombiano de Seguridad Social y, posteriormente, a la Superintendencia de Sociedades, ninguna autoridad se había hecho presente para verificar que la empresa se ciñera a las normas legales.

Desde 1994 hasta la fecha, las distintas autoridades han efectuado intervenciones inoportunas o insuficientes para garantizar los derechos involucrados. En este momento, la empresa se encuentra en liquidación; al parecer no tiene activos suficientes para asumir el pasivo laboral. En tanto que la provisión para jubilación, en diciembre de 1996, ascendía a $11.271.062.594.00, los gastos de administración hasta mayo de 1997 sumaban 2.963.301.712. No obstante, el único activo considerable que con certeza existe, está evaluado en 1.717.986.008.

Mientras tanto, los pensionados, la mayoría de ellos personas de la tercera edad, no reciben las mesadas, a las que tienen derecho no por un acto filantrópico de la empresa o de las autoridades públicas, sino porque lo adquirieron en virtud de su propio trabajo. Como lo relatan en las múltiples acciones presentadas, la mayoría de los pensionados no perciben ingresos de otras fuentes, y han tenido que acudir, incluso, a la caridad, para poder satisfacer sus necesidades básicas. Sin embargo, dada la situación financiera de la empresa, no resulta fácticamente posible impartir la orden inmediata de pago, puesto que esta no sería realizable.

Principio del menor daño constitucional y defensa del mínimo vital de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta

---

5 La Contralora María Hermi Hernández, en la sesión 4 de la Junta Provisional de Acreedores, celebrada en la ciudad de Bogotá el día 21 de agosto de 1996, deja constancia sobre su visita a la casa matriz en Panamá, en donde intentó ubicar la sede y contactar algún funcionario. En un fragmento del acta se dice: "comenta la doctora María Hermi que no fue posible llegar a la empresa ya que aparentemente no existe, es decir, sólo aparece en papeles".

19. En un Estado de derecho, la tarea del juez consiste en promover y garantizar los derechos, principios y valores que defiende el ordenamiento. Cada decisión implica entonces la realización de un bien jurídico. Sin embargo, en algunos casos excepcionales, el juez se encuentra ante una circunstancia trágica: las decisiones jurídicamente admisibles tendrán, necesariamente, todas ellas, un efecto nocivo. En estas circunstancias, la tarea del juez consiste en identificar y darle curso a la decisión que tenga el menor costo constitucional. En otras palabras, la que produzca el menor daño, desde una perspectiva constitucional. Es éste, justamente, uno de aquellos casos.

20. En el presente evento, podría resultar, después de realizado el inventario de activos, que siguiendo la prelación de créditos establecida por el legislador, la empresa en liquidación estuviera en capacidad de garantizar el pago del pasivo prestacional, incluyendo tanto las mesadas causadas y no pagadas como las futuras hasta su completa satisfacción. Si esto fuera así, la única orden que podría dar el juez de tutela, sería la de respetar la prelación del crédito pensional, tal y como se estableció en la sentencia ST 299 de 1997, durante el trámite liquidatorio, de manera tal que todos los ingresos se destinarán, en primerísima instancia a gastos urgentes y necesarios para continuar el proceso de liquidación e, inmediatamente, al pago de las mesadas que se van causando. Solo después de asegurados estos créditos, podrían solucionarse los restantes pasivos, en el orden que establece la ley.

21. Ahora bien a la luz de los documentos contables y financieros que obran en el expediente, es razonable suponer que la empresa dista de tener la capacidad suficiente para cancelar integralmente las obligaciones laborales. Incluso, si se pagan de preferencia los gastos de administración - en todas sus graduaciones -, sería probable que no pueda absorber integralmente el pasivo laboral adquirido antes de la convocatoria al concordato y, por lo tanto, de ninguna manera podría asegurar el pago futuro de las mesadas pensionales. En consecuencia, tendrían prelación, por ejemplo, el pago de los servicios públicos o de las obligaciones tributarias causadas durante el concordato, así como las vacaciones, primas y prestaciones de los ex trabajadores y, por el contrario, resultaría desplazado el derecho a la pensión del cual depende el sustento mínimo de las personas de la tercera edad que tienen el *status* de jubiladas y que, según la Constitución, merecen especial protección (C.P., artículos 1°, 13, 46, 48 y 53).

En estas condiciones, se pregunta la Corte si una norma legal puede ser aplicada de manera tal que se otorgue prelación a créditos tributarios o fiscales o, incluso, a créditos prestacionales - cesantías, vacaciones etc. -, sobre aquellos necesarios para satisfacer el derecho al mínimo vital de las personas de la tercera edad.

La prelación constitucional del derecho fundamental al mínimo vital de los grupos especialmente protegidos por la Constitución

22. En la Carta Política confluyen dos corrientes ideológicas que, en principio, podrían parecer incompatibles. De una parte, la Constitución consagra los derechos clásicos de libertad e igualdad, que tienden a resguardar la libertad individual de cualquier injerencia arbitraria de las autoridades públicas, y a garantizar que todas las personas serán tratadas con idéntica con-

sideración y respeto por parte del Estado - igualdad ante el derecho -. Adicionalmente, la Carta define al Estado como Estado social de derecho y consagra una serie de derechos de igualdad material - igualdad en el derecho -, que reconocen un tratamiento especial a ciertos grupos de la población. Lejos de constituir una contradicción, la consagración constitucional de las dos visiones antes mencionadas - igualdad y libertad formal e igualdad material - resulta coherente si se atiende a la razón histórica que sustenta la existencia del Estado social de derecho y de los derechos que se derivan del principio de igualdad material.

En efecto, el surgimiento de las categorías jurídico-constitucionales propias del Estado social, como la igualdad en la ley, responde a la convicción de que la mera proclamación constitucional del derecho a la libertad y a la igualdad de todos los individuos, no es suficiente para que algunas personas puedan desplegar su capacidad real de autodeterminación. Esta última se torna en mera utopía cuando la persona no se encuentra en la posibilidad real de acceder a un mínimo de medios materiales que le garanticen su subsistencia. Un individuo desposeído, cosificado, librado a los avatares de sus necesidades físicas, encuentra lesionada su dignidad al estar en completa incapacidad de ejercer las libertades que le concede la Constitución, como quiera que su autonomía se halla por entero sometida a las carencias materiales que lo oprimen. En estas condiciones, mal puede considerarse que el sujeto, sitiado radicalmente por las necesidades más elementales, esté en condiciones de igualdad y libertad respecto de quienes si tienen la capacidad, al menos potencial, de satisfacer sus necesidades materiales.

23. El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

24. Con arreglo a los imperativos de la igualdad material, la Carta reconoce que si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho. De ahí que algunas normas de la C.P., consagran la obligación del Estado de otorgar una especial protección a los grupos más vulnerables de la población.

En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos necesitados de un "trato especial" en razón de su situación de debilidad manifiesta. El régimen de favor comprende a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.

En particular, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena (C.P. artículos 1°, 13, 46 y 48). En relación con estas personas, la Corte ha sentado la doctrina del derecho fundamental a la seguridad social. Así se le ha dado preciso alcance al mandato constitucional de defender, prioritariamente, el mínimo vital que sirve, necesariamente, a la promoción de la dignidad de los

ancianos (C.P., artículos 1°, 13, 46 y 48).

25. 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 (artículo 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 (artículo 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 9 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 sustituirla en el pago de sus obligaciones pensionales. Adicionalmente, el artículo 9 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.

26. Las disposiciones legales que establecen la prelación de créditos dentro de un trámite concursal o liquidatorio (Código Civil, artículo 2493 y ss; Código Sustantivo del Trabajo, artículo 157 y 345; Ley 50 de 1990, artículo 36; Ley 222 de 1995, artículo 161) parten del presupuesto natural de que se ha dado aplicación a las normas, también de rango legal, que garantizan prioritariamente, el pago de las mesadas pensionales. Por consiguiente, si ya existe una conmutación pensional o si se ha constituido la garantía pensional que asegura el pago de pensiones, nada obsta para que se siga el orden de preferencia que ha definido el legislador en las normas que regulan el trámite de liquidación.

Empero, si ante la incuria de las entidades encargadas de ejercer la vigilancia y control, la

empresa se abstiene de cumplir sus obligaciones legales en materia pensional y, adicionalmente, entra en un tramite concursal o liquidatorio, se configura una hipótesis fáctica no prevista por el legislador. En efecto, ninguna de las disposiciones que reglamentan estos tramites se refiere a una tal circunstancia. Por el contrario, pese a la importancia prioritaria que la Constitución y las normas sobre conmutación y garantía pensional otorgan a las pensiones, las disposiciones sobre prelación de créditos que rigen el concordato y la liquidación de una empresa, no hacen referencia expresa a estas acreencias, pues es razonable suponer que parten del supuesto de que la empresa ha asegurado el pago de las mismas a través del cumplimiento de las obligaciones legales.

En el caso en el que el mencionado supuesto no se cumpla, la sujeción estricta al orden de prelación establecido por los artículos 161 de la Ley 222 de 1995 - gastos de administración - y 36 de la ley 50 de 1990 - deudas laborales -, podría significar dejar absolutamente desamparados al grupo de pensionados y, en consecuencia, desconocería la prelación constitucional de las acreencias pensionales. Ciertamente, una interpretación aislada de las normas legales mencionadas terminaría por someter el pago de las pensiones - causadas y futuras - a la cancelación previa de otros créditos que si bien resultan importantes, no alcanzan a adquirir la relevancia constitucional de aquellas, en cuanto que no tienden a la satisfacción del mínimo vital de quienes, por expresa disposición constitucional, deben ser objeto de una especial protección.

En estas condiciones, el juez constitucional, que tiene la obligación de proteger el derecho fundamental a la pensión de las personas de la tercera edad, no puede asistir impasible a la aplicación asistemática y literal de las leyes civiles y comerciales antes mencionadas. Sólo una aplicación sistemática de tales disposiciones, a la luz de la Constitución Política y de las normas legales que pretenden dar prelación definitiva al pago de pensiones, puede, efectivamente, conceder a los créditos pensionales la consideración "especial" que ordena el mismo constituyente.

27. Esta Corte ha considerado que la definición de las normas jurídicas que se proponen tienden a realizar la justicia material - como la especificación de las condiciones para acceder al derecho al mínimo vital -, debe, en principio, estar mediada por un proceso democrático que exige la intervención del legislador. Este cuerpo representativo, de conformidad con las necesidades y posibilidades de cada situación económica, social y cultural, es, en efecto, el encargado de definir cuáles han de ser las misiones y cometidos sociales que el Estado debe cumplir y cuáles son las reglas de justicia que deben orientar a las autoridades públicas[6]. Sin embargo, la Corte ha entendido que, tratándose de personas o grupos de personas que, en virtud del principio de igualdad sustancial, merezcan una especial protección del Estado por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta, resulta necesario, ante las omisiones o inconsistencias del legislador, encontrar en la propia Constitución las máximas que habrán de ser observadas directamente por las autoridades públicas[7].

28. No escapa a esta Sala que la defensa del mínimo vital de las personas de la tercera edad, se traduce, en este caso particular, en el sacrificio de otros derechos de rango

6 SU-111/97 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
7 SU-111/97 MP. Dr.. Eduardo Cifuentes Muñoz.

constitucional. En efecto, dar prelación en el reparto de los escasos activos de una empresa en liquidación, al pago del pasivo pensional, implica que probablemente se dejarán de sufragar deudas laborales, originadas en el contrato de trabajo, como las correspondientes al pago de las vacaciones o de las cesantías y otras prestaciones. Incluso, puede dar lugar al no pago de salarios atrasados. No obstante, el daño constitucional que apareja es menor que el que se produciría al desamparar por entero a personas que por sus condiciones personales no pueden acceder al mercado de trabajo y, probablemente, no tendrán, hasta el final de sus días, otros ingresos que los provenientes de su pensión. Se trata, lo entiende la Sala, de una decisión trágica, pero la propia Constitución ordena que, en casos como el presente, se prefiera la protección del mínimo vital de los ancianos.

29. En suma, la Constitución Política consagra unos sujetos privilegiados en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta, dentro de los cuales se encuentran las personas de la tercera edad, quienes deben merecer, por parte de los poderes públicos, una especial protección (C.P. artículos 1°, 13, 46, 48 y 53). Adicionalmente, la Carta establece la defensa prioritaria de una serie de derechos fundamentales, uno de los cuales es el derecho al mínimo vital (C.P. art. 1, 11 y 16). En estas condiciones, debe afirmarse que el Estado-legislador, el Estado-administración y el Estado-juez, están obligados, en primerísima instancia, a defender las pensiones de los ancianos, como una forma de obedecer los imperativos constitucionales antes mencionados. Efectivamente, no sobra reiterar, una vez más, que esta Corporación ha considerado, de manera unánime, que las mesadas pensionales tienen la función de satisfacer el derecho fundamental al mínimo vital de quienes, por sus condiciones personales, constituyen un colectivo sujeto a especial protección.

Plenamente coherente con los mandatos constitucionales expuestos, el legislador al definir las normas a las cuales debe sujetarse una empresa que ha asumido directamente el pasivo pensional, diseñó un esquema que otorga prioridad al pago de las acreencias pensionales. De una parte la empresa esta obligada a constituir una garantía pensional que tiene el objetivo de asegurar plenamente, frente a cualquier eventualidad, el pago de las mesadas. Adicionalmente, las entidades que ejercen funciones de policía laboral están autorizadas para someterla a un tramite de conmutación pensional cuando, por cualquier circunstancia, se amenace el cumplimiento de la obligación pensional. Lo anterior, incluso a riesgo de que con posterioridad la empresa se vea necesariamente obligada a cerrar o deje de pagar otros créditos menos urgentes. Bajo el supuesto de que estas garantías aseguran el pago prioritario de las pensiones, las normas aplicables a la liquidación de una empresa definen un sistema de prelación de créditos que no incluye, expresamente, la preferencia de las pensiones que, se supone, ya esta asegurada.

Ahora bien, si los activos de una empresa en liquidación resultan claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias - pre y posconcordatarias -, y, adicionalmente se trata de una empresa que ha asumido directamente la carga prestacional y que, en parte, debido a la negligencia de las autoridades de control, ha dejado de asegurar el pago de este crédito, lo cierto es que los recursos existentes deben destinarse, de manera prioritaria y exclusiva, a garantizar el pago de las mesadas pensionales de las perso-

nas de la tercera edad. La aplicación inflexible de la *par conditio creditorum*, así dentro de la primera clase se encuentren los pasivos pensionales actuales y futuros, no asegura la "protección especial" que debe ofrecerse a los ancianos (C.P. art. 13, 46 y 47).

30. En el caso que estudia la Corporación, las autoridades públicas asistieron pasivamente al fraude a la ley y a la Constitución que efectúo la empresa demandada. Ciertamente, la sociedad en liquidación asumió directamente la carga pensional, sin embargo nunca constituyó la garantía a la que estaba obligada ni surtió el trámite de la conmutación pensional. Actualmente la sociedad esta en liquidación y tiene 75 pensionados directos - la mayoría de los cuales superan los setenta años de edad -, que viven exclusivamente de la pensión. Al parecer, si se sigue el orden de prelación de créditos definido por las leyes 222 de 1995 y 50 de 1990, la empresa no tendrá recursos suficientes para responder, siquiera en un porcentaje mínimo, por los derechos fundamentales de los pensionados.

Ciertamente, si los activos de la sucursal se destinan prioritariamente al pago de los gastos de administración (Ley 222 de 1995, artículo 161), que dada la postergación inútil del concordato ascienden a más de 2.000.000.000 - constituidos por créditos de la sociedad en favor de los ex trabajadores, la administración de impuestos y las empresas de servicios públicos, entre otros -, se terminaría privilegiando el pago de servicios públicos, de impuestos y de otros créditos laborales, sobre las acreencias pensionales. Efectivamente, no sobra recordar que el único activo de valor que con certeza posee la sociedad es un lote avaluado en menos de 1.800.000.

Pero si del pago de los gastos de administración quedare un remanente, éste tampoco estaría destinado a sufragar prioritariamente las pensiones futuras. Dado que la empresa no constituyó nunca la garantía pensional a la que estaba obligada, los activos tendrían que destinarse, a prorrata, al pago de todas las acreencias laborales, dentro de las cuales se encuentran las vacaciones adeudadas a todos los ex trabajadores, así como las prestaciones sociales y los salarios dejados de pagar.

En este evento, a pesar de la relevancia constitucional que tienen las obligaciones que surgen como efecto de un contrato de trabajo, resulta claro que la satisfacción del mínimo vital de los ancianos reviste un mayor peso relativo.

31. En consecuencia, la Corte en defensa de los derechos fundamentales amenazados de las personas de la tercera edad y en atención a la situación financiera de la empresa en liquidación, ordenará al liquidador y al Superintendente de Sociedades que si se presentare el evento en el que los activos resultaren insuficientes para asumir las mesadas pensionales actuales y por devengar, de los pensionados, actúen conforme a los siguientes criterios en los que se proyectan los efectos de los principios y valores de la Constitución y con sujeción a los cuales debe interpretarse y aplicarse la ley:

(1) Los activos de una empresa en liquidación que sean claramente insuficientes para cancelar las distintas acreencias - pre y posconcordatarias -, deben destinarse, de manera prioritaria y exclusiva, a garantizar el pago de las mesadas pensionales que legalmente le corresponda sufragar, de modo que se garantice el derecho al mínimo vital del grupo de los

pensionados que cumplan la edad legal de jubilación (ley 100 de 1993) o que estén incapacitados para trabajar; (2) si el monto de los activos resultare insuficiente, incluso para garantizar la efectividad del derecho al mínimo vital de los pensionados, corresponderá al Superintendente de Sociedades, promover entre éstos los acuerdos necesarios a fin de que los créditos se ajusten proporcionalmente en relación con las sumas materialmente disponibles. Todo lo anterior, por supuesto, con excepción del pago de los recursos que sean estrictamente necesarios para continuar y finiquitar, prontamente, el trámite de la liquidación.

32. Las limitaciones de la acción de tutela, no son óbice para que los pensionados y los trabajadores de la empresa An Son Drilling Company of Colombia, ejerzan las acciones judiciales - civiles, contenciosas, disciplinarias e incluso penales - para la defensa de sus derechos. En estas condiciones se ordenará al Defensor del Pueblo que, dentro de sus competencias constitucionales y legales, asuma plenamente la defensa judicial de los intereses de estos grupos de personas que, por sus condiciones actuales, pueden ser catalogados como un colectivo en situación de indefensión y que resultaron lesionados por la negligencia tanto de la empresa como de algunas de las autoridades públicas encargadas de ejercer funciones de control y vigilancia.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR las sentencias de noviembre 26 de 1996 (Exps. T-118462, 118463, 118464, 118465, 118466, 118467, 118468, 118469, 118470, 118472, 118474, 118475, 118476, 118477), noviembre 28 de 1996 (Exp. T-118619), noviembre 29 de 1996 (Exp. T-118675), diciembre 12 de 1996 (Exp. T-120583), diciembre 13 de 1996 (Exp. T-120628), enero 24 de 1997 (Exp. T-122985), enero 29 de 1997 (Exp. T-115103, 123280, 123281, 123284, 123286) proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; la sentencia de noviembre 15 de 1996 (Exp. T-117717) proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva; la sentencia de noviembre 27 de 1996, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá (Exp. T-119033); la sentencia de diciembre 18 de 1996 (Exp. T-121070) proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá; la sentencia de febrero 6 de 1997, proferida por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Santa fe de Bogotá (Exp. T-125944) ; la sentencia de febrero 7 de 1997, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Exp. T 125258); la sentencia de febrero 10 de 1997, proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá (Exp. T- 124257); la sentencia de febrero 11 de 1997, proferida por el Juzgado 19 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá (Exp. T-127758); la sentencia de febrero 28 de 1997, proferida por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Santa Fe de Bogotá (Exp. T-128732) ; la sentencia de marzo 12 de 1997, proferida por el Juzgado 23 Civil del circuito de Santa Fe de Bogotá (Exp. T-128801); y, en su lugar, **CONCEDER PARCIALMENTE,** en los términos de esta sentencia, las tutelas interpuestas por los pensionados de la sociedad An Son Drilling Company of Colombia S.A.

Segundo.- ORDENAR a quien ejerza las funciones de liquidador de la sociedad An Son Drilling Company of Colombia S.A. y al señor Superintendente de Sociedades, que al momento de asumir el pasivo de la empresa mencionada, hoy en liquidación, sometan sus decisiones, integralmente, a los criterios constitucionales expresados en el fundamento 31 de esta decisión.

Tercero.- INSTAR al señor Defensor del Pueblo para que, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, asuma la defensa judicial de los derechos de los trabajadores, ex trabajadores y pensionados de la sociedad An Son Drilling Company of Colombia S.A., en los términos señalados en los fundamentos 12 y 32 de esta sentencia.

Cuarto.- LIBRESE comunicación a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, al Juzgado 1° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado 6° Laboral del Circuito de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado 3° Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado 5° Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado 25 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado 39 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá, al Juzgado 52 Civil Municipal de Santa Fe de Bogotá y al Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bucaramanga, 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

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-459
septiembre 24 de 1997

CONVIVENCIA EN COMUNIDAD EDUCATIVA-Sujeción a valores, principios y derechos constitucionales/**MANUAL DE CONVIVENCIA**-Establecimiento de normas sujeto a la Constitución

La convivencia dentro de una determinada comunidad implica, para quienes la integran, el disfrute de una serie de derechos acompañado, al mismo tiempo, de la obligación de cumplir con ciertos deberes. Lo anterior encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 95-1 de la Carta Política, según el cual es deber de las personas y de los ciudadanos "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". La comunidad educativa, es decir, aquella que se encuentra integrada por estudiantes, maestros y directivos de los colegios públicos y privados, no esta exenta del principio general anotado más arriba, toda vez que sus integrantes son titulares de derechos, mientras que están sujetos al cumplimiento de una serie de deberes.La permanencia de un estudiante en una determinada institución educativa depende, por entero, de que sus acciones se ajusten a lo que disponga el manual de convivencia. Con fundamento en normas constitucionales y legales los colegios ostentan un grado notable de autonomía para expedir las normas que habrán de regular la convivencia en la comunidad educativa. Sin embargo, esta garantía institucional no es total, como quiera que el establecimiento de las mencionadas normas de convivencia es un ejercicio que se encuentra sujeto a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución Política.

MANUAL DE CONVIVENCIA-Potestad sancionadora sometida a garantías constitucionales/ **MANUAL DE CONVIVENCIA**-Determinación de faltas y sanciones

Las faltas y procedimientos disciplinarios constituyen uno de los temas fundamentales cuya regulación corresponde a los manuales de convivencia. Si bien el ejercicio de las potestades sancionatorias de los colegios está amparado por la autonomía antes mencionada, la cual les permite aplicar un grado considerable de discrecionalidad a la hora de juzgar las faltas cometidas por los estudiantes e imponer las sanciones que correspondan, éste se encuentra sometida a las garantías que comporta el derecho fundamental al debido proceso

MANUAL DE CONVIVENCIA -Inasistencia y negativa a nivelar

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Incompetencia para sancionar estudiante

DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Cancelación matrícula sin informar a la Asociación de padres de familia

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Alcance de las anotaciones en libreta personal del estudiante

El juicio del juez constitucional en relación con las observaciones y comentarios que se registran en la libreta personal del estudiante, debe inscribirse dentro de los propósitos que el artículo 67 de la Carta Política otorga a la educación, es decir, la formación de los colombianos "en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente". El cumplimiento de estos objetivos, dota a los establecimientos educativos de un grado considerable de discrecionalidad en punto a la escogencia de los instrumentos utilizados con miras a hacer efectivos los fines de la educación. Los comentarios transcritos por el personal docente en las libretas o boletines de calificaciones de los estudiantes son, un instrumento de diálogo entre el colegio, los estudiantes y los padres de éstos, razón por la cual deben ser considerados como una herramienta al servicio de los fines e intereses de la educación. Por este motivo, la posibilidad de efectuar este tipo de comentarios está amparada por el grado de discrecionalidad y flexibilidad. En particular, la Sala estima que, mediante esta clase de anotaciones, los docentes pueden determinar procesos de cambio y de modificación del comportamiento de los alumnos, estimulándolos a perseverar en sus esfuerzos y logros y señalándoles las falencias y fallas que deben ser corregidas a fin de alcanzar los objetivos que persigue el proceso educativo.

BOLETIN DE NOTAS DEL ALUMNO-Comentarios o anotaciones sujeto a derechos fundamentales

El juez constitucional no puede atentar contra la flexibilidad y autonomía en que deben sustentarse los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines constitucionales de la educación. Por esta razón, no es posible exigir que todas y cada una de las afirmaciones o comentarios que los docentes consignan en los boletines de notas de los alumnos sean el resultado de un proceso exhaustivo dirigido a establecer que lo escrito corresponde exactamente a lo ocurrido en la realidad. Por lo general, este tipo de comentarios responden a intenciones claramente pedagógicas de los maestros quienes, a través de los mismos, buscan orientar el comportamiento académico y disciplinario de los estudiantes en un sentido específico. Sin embargo, está claro que la utilización de los instrumentos pedagógicos a disposición de los docentes y autoridades escolares se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de los estudiantes. Ciertamente, sería inadmisible desde la perspectiva constitucional y, por tanto, pasible de ser atacado por vía de la acción de tutela, aquel comentario o anotación, plasmado en la libreta o boletín de calificaciones, que amenace o vulnere los anotados derechos.

LIBRETA DE CALIFICACIONES-Juicio constitucional sobre comentarios y anotaciones

La intensidad del juicio que el juez constitucional puede efectuar sobre los comentarios o anotaciones que las autoridades escolares consignen en los boletines o libretas de calificaciones de los alumnos depende de dos elementos: (1) de los usos que se den a al boletín o libreta de que se trate; y, (2) del contenido del comentario o anotación bajo estudio.Según el primero de estos criterios, el juicio de constitucionalidad tiende a aumentar en intensidad si el uso de la libreta o boletín tiene lugar en ámbitos distintos al estrictamente académico o, dicho de otro modo, trasciende su uso habitual que, como se vio, consiste en servir de instrumento de diálogo entre el colegio, el estudiante y los padres de familia. El segundo criterio determina que el examen constitucional sea más estricto si el contenido de los comentarios o anotaciones contenidos en la libreta o boletín trasciende los bienes o valores relacionados con la órbita estrictamente escolar y afecta otros de una mayor relevancia pública, como aquellos tutelados por el derecho penal.Entre mayor intensidad merezca el juicio constitucional, menor será el grado de libertad de los docentes y de las autoridades para imprimir en la correspondiente libreta las respectivas anotaciones y, por supuesto mayor será la exigencia de la adecuación entre lo anotado y lo efectivamente demostrado.

SANCION ESCOLAR-Carácter pedagógico

El carácter pedagógico - que no penal - de las sanciones escolares, autoriza a los colegios a investigar las conductas con un mayor grado de discrecionalidad, utilizando un proceso que no debe sujetarse a la rigidez propia de los procesos penales, ello tampoco es una patente de corso para imponer sanciones arbitrarias que amenacen o vulneren los derechos fundamentales de los estudiantes. El deber de hacer uso de garantías que aseguren los derechos de los estudiantes se torna aún más estricto si las conductas que el centro educativo investiga constituyen infracciones penales que, eventualmente, podrían dar lugar a la aplicación del tratamiento especial previsto en el Código del Menor por parte de autoridades públicas ajenas al centro educativo. En este tipo de casos, es previsible que el peligro de amenaza o afectación de los derechos fundamentales de los alumnos sea mucho mayor que si se tratase de conductas que comprometiesen meramente valores y bienes circunscritos al ámbito estrictamente escolar.

INFORME CONCEPTUAL Y DESCRIPTIVO DE ALUMNO-Reincidencia en indelicadeza o pertenencias de compañeros/**DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO**-Informe que señala reincidencia por indelicadeza con pertenencias de compañeros

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Carencia de fundamento probatorio suficiente responsabilidad delictual de estudiante

Referencia: Expediente T-131274

Actor: Albeiro Burgos Parra

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-131274 adelantado por Alberio Burgos Parra contra el INSTITUTO INEM "BALDOMERO SANIN CANO".

ANTECEDENTES

1. El 17 de febrero de 1997, el estudiante Albeiro Burgos Parra interpuso acción de tutela contra el Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" de la ciudad de Manizales, ante el Juzgado 3° Penal Municipal de esa ciudad, por considerar que esa institución educativa vulneró sus derechos fundamentales a la educación (C.P., artículo 67), al debido proceso (C.P., artículo 29) y al buen nombre (C.P., artículo 15).

El actor relató que es estudiante del colegio demandado donde, a principios de 1996, se presentaron una serie de robos de los cuales fue acusado por una compañera llamada Beatriz Helena Trujillo quien, además, le puso el sobrenombre de "Ratubelo", el cual significa "-ladrón". Informó que, durante el mes de mayo de 1996, el profesor Federico Ramos le atribuyó la responsabilidad por la desaparición del maletín de un alumno de séptimo grado, al asegurar haberlo visto en las canchas deportivas, el día del robo, en actitud sospechosa, cuando llevaba algo escondido entre el saco del colegio y, en vez de acudir a su llamado, decidió salir huyendo. Manifestó que la versión del profesor Ramos es errónea, toda vez que lo que en realidad sucedió en esa oportunidad fue que al salir de la asignatura de matemáticas se dirigió a las canchas deportivas, en donde le solicitó a uno de sus amigos, quien se encontraba jugando fútbol, que lo dejara participar en el juego, a lo cual aquel se negó. Afirmó que, acto seguido, se sentó en un muro y comentó con otro compañero que "ese man era muy mala gente" porque no les había permitido jugar. Luego de diez minutos de conversación, él se dirigió hacia la cafetería, mientras que su amigo, con el saco bajo el brazo, adoptó otro rumbo. Relata que, mientras se despedían, se asomó el profesor Federico Ramos, quien vio cuando él entraba a la cafetería y el otro muchacho se dirigía hacia la salida del colegio.

Manifestó que, en razón de la queja presentada por el profesor Ramos, fue convocado al despacho del Jefe de Unidad Docente, Nestor Marulanda, quien le advirtió que si no cancelaba el valor del maletín hurtado sería expulsado del colegio. Indicó que, en un principio, se negó a efectuar el pago solicitado, como quiera que él no era el responsable del hurto, pero que, su madre lo convenció de hacerlo "para evitar problemas".

El actor relató que, luego de pagar el maletín, "siguieron los llamados de atención por indisciplina" hasta el final del año escolar. Informó que, en diciembre de 1996, los padres de familia fueron convocados al colegio con el fin de hacerles entrega de las calificaciones de sus hijos, oportunidad en la cual a él y a otros tres compañeros no les fueron entregados los respectivos boletines. Manifestó que, con posterioridad, fue citado con su madre, el día 11 de diciembre de 1996, fecha en la cual le fueron entregadas sus calificaciones y el jefe de unidad docente "[le] dijo que era mejor que [se] retirara de la Institución, que porque [su] fama ya estaba muy regada, que si entraba el otro año, ya [lo] iban a mirar de mala cara".

Indicó que, por este motivo, su madre acudió a la Secretaría de educación, donde le redactaron una carta en la cual se solicitaba al Consejo Directivo del colegio que reconsiderara el caso de su hijo, con el fin de que volviera a ser admitido en la institución educativa. El demandante afirmó que, el 14 de febrero de 1997, él y su madre fueron citados con el fin de volver a estudiar el asunto. En esa ocasión, "yo entré y el jefe de la unidad docente habló de que mi indisciplina era bastante, que tenía muchas fugas, y respecto de los robos, solo decía presuntamente, entonces mi mamá habló, hablé yo, y nos escucharon en el consejo directivo, y entonces nos hicieron salir, mientras ellos resolvían, y más o menos diez minutos después, una integrante del consejo directivo, nos llamó a mi mamá y a mí, para informarnos que no era posible el ingreso al colegio, que era mejor que me buscaran un colegio nocturno".

El actor considera que el colegio "Baldomero Sanín Cano" vulneró sus derechos a la defensa, al debido proceso, a la educación y al buen nombre. Así mismo, afirmó que, según el jefe de la unidad docente, sí se llevó a cabo una investigación disciplinaria, pero asegura que ni él ni su madre fueron notificados de la misma en ninguna oportunidad. De igual forma, puso de presente que un escrito de defensa presentado ante el colegio por uno de sus primos nunca fue tenido en cuenta por el colegio demandado. En consecuencia, solicita: (1) que sean tenidas en cuenta las causales de cancelación de matrícula contempladas en el literal c) del Capítulo V del manual de convivencia; (2) ser reintegrado a la institución educativa demandada; y, (3) que le sea restituido el dinero cancelado por el maletín supuestamente hurtado.

2. Con la finalidad de esclarecer los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela de la referencia, el Juzgado 3° Penal Municipal de Manizales recibió los testimonios que se sintetizan a continuación.

2.1. El estudiante Luis Fernando Medina García, compañero de estudio del demandante, manifestó al juzgado de tutela que el comportamiento de Albeiro Burgos Parra en el colegio era "normal, así como cualquier niño, travieso pero con mujeres. Respetaba las normas

del colegio, una sola vez llamaron a la mamá pero era porque él se fugaba mucho de clase". De igual forma, afirmó que el actor es "una persona honesta, delicada, yo muchas veces lo llevaba a la casa para hacer trabajo y nunca se me perdió nada".

Por otra parte, el declarante aseguró que Albeiro Burgos había sido acusado por un profesor del robo del maletín de otro estudiante, "porque en cierto día traía escondida una cosa dentro del saco, (...) y porque venía riéndose". Sin embargo, indicó que "nunca le demostraron que él haya sido el autor de ese hurto". Así mismo, puso de presente que él y otros dos estudiantes tampoco habían sido admitidos en el colegio demandado para cursar el siguiente año escolar por ser amigos del demandante y por acusárseles de los mismos hurtos endilgados a éste. Señaló que en su boletín de calificaciones, así como en los del actor y los otros dos compañeros, figura una constancia en la cual se afirma que "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros".

Para finalizar, aseguró que la estudiante Beatriz Helena Trujillo les puso el sobrenombre de "ratubelos" porque "todo lo que se perdía éramos nosotros, (...), siempre nos señalaba porque como nosotros no la íbamos bien con ella y como ella era la más recochera y nosotros no nos hacíamos con ella".

2.2. La madre del actor, Martha Lucía Parra Quiroga, rindió declaración ante el Juzgado 3° Penal Municipal de Manizales y manifestó que, en la reunión del consejo directivo del colegio demandado a la que fue citada el 14 de febrero de 1997, el jefe de unidad docente "habló sobre las fugas de clases en que incurría Albeiro, y después se refirió en el sentido de que en la sección donde se encontraba Albeiro se perdían varias cosas y que sospechaban de él y otros compañeros, porque siempre que se perdían las cosas ellos se fugaban de las clases, y eso para mí no está muy claro, porque el señor Nestor nunca les hizo el seguimiento que se debía, y más adelante en la misma reunión el señor Nestor se refirió acerca de un maletín que se perdió en las canchas de educación física del colegio, y del cual sospecharon que había sido Albeiro junto con unos compañeros".

De igual forma, la declarante afirmó que el colegio demandado nunca le informó o la notificó acerca de alguna investigación disciplinaria que estuviere adelantando en contra de su hijo Albeiro y puso de presente que "el señor Nestor me dijo que no había hecho ese seguimiento que porque se le había olvidado y además Albeiro nunca firmó el libro de disciplina". En relación con el comportamiento general del actor, manifestó que éste es un muchacho muy obediente que trabaja como "decorador de flores" en el cementerio con el fin de "ayudarse en sus estudios y ayudarme a mí económicamente".

Para terminar, informó que hacia el mes de octubre de 1996 su hijo adquirió un "Atari", lo cual despertó dudas en ellas y la determinó a comunicar este hecho al jefe de unidad docente del colegio de su hijo, manifestándole que "de pronto se lo habían dado por el problema del maletín". Sin embargo, puso de presente que, posteriormente, pudo confirmar que su hijo había comprado el "Atari" a otro muchacho a quien aún le debía algún dinero.

2.3. Beatriz Helena Trujillo Trujillo, estudiante del colegio "Baldomero Sanín Cano", afirmó ante el juzgado de tutela que había sido compañera de estudios del demandante en

octavo grado, en cuyos inicios habían tenido una buena relación que, con posterioridad, se deterioró el día en que llevó unos dulces festejar el día de la mujer, los cuales desaparecieron de la carpeta donde los guardaba. Indicó que "inicialmente no sospeché de nadie y más adelante vi a un compañero comiéndose un dulce, de los mismos que yo había llevado, entonces yo le pregunté que quién le había dado ese dulce, y me dijo que Burgos estaba repartiendo, (...) y yo le dije a él que porqué me había robado los dulces y él me respondió que estaban muy ricos, no me respondió más, él mismo se delató, y ya después pasados los días, él me dijo que sí que él se los había comido y hasta ahí".

De otra parte, la declarante informó que a quien había puesto el apodo de "ratubelo" no había sido a Albeiro Burgos sino a Luis Fernando Medina, un amigo de éste, quien decidió cobrarle mil pesos que le había prestado antes de la fecha señalada para el pago de esa deuda. En esa ocasión, "Albeiro Burgos que se encontraba en compañía de Medina, me cogió con un brazo del cuello, y su compañero me quitó el reloj que yo tenía puesto, y entonces Medina me dijo que le trajera la plata y que él me devolvía el reloj". Relató que, pese a haber pagado la deuda, el reloj no le fue devuelto sino tiempo después y gracias a la intervención del director de disciplina. Precisó que "ratubelo" quiere decir "ladrón, porque las ratas cogen todo".

Por último, afirmó que en su salón de clases se habían presentado muchas pérdidas, de las cuales siempre se acusaba al actor o a alguno de sus amigos. Sin embargo, puso de presente que no era ella quien los acusaba y que, incluso, en una ocasión los había defendido. Puntualizó que "nunca supimos si habían pruebas contra ellos o no, porque eso se manejaba fuera del salón y a ellos los acusaban porque ya tenían mala fama". Así mismo, informó que sí había conocido acerca de una investigación disciplinaria en contra del demandante y de otros compañeros "por fallas, inasistencia y fugas del colegio".

2.4. El profesor Federico Ramos López, en declaración rendida ante el Juzgado 3° Penal Municipal de Manizales, indicó que conocía al actor desde hacía aproximadamente dos años por ser profesor del colegio donde aquel estudia. Sin embargo, aclaró que nunca ha sido profesor de Albeiro Burgos. Así mismo, puso de presente que nunca había tenido problemas con este último.

En relación con el hurto del que dice haber sido testigo, el declarante afirmó: "yo iba de la cafetería de los alumnos hacia la sala de profesores de educación física, en ese momento tres alumnos venían corriendo de la cancha de fútbol, no les sé los nombres, los conocía de vista por ser alumnos del colegio, venían corriendo y riéndosen, y uno de ellos, o sea Albeiro, venía con algo debajo del buzo, cuando les llamé la atención para que vinieran donde mí, no me obedecieron y se volaron". Sin embargo, aclaró que no había presenciado el momento del robo "sino cuando los tres salían de la cancha corriendo, y me pareció una actitud sospechosa".

2.5. En su declaración ante el juzgado de tutela, el jefe de unidad docente del colegio "Baldomero Sanín Cano", Nestor Marulanda Rodríguez, manifestó que el alumno Albeiro Burgos no había sido admitido en esa institución educativa para cursar el nuevo año escolar porque "el mencionado estudiante en el año de 1995, cuando cursaba el grado 7° pre-

sentó reincidencias en ausencias injustificadas de clase, peleas y disgustos con los compañeros, bajo rendimiento académico, llegadas tarde al colegio, indisciplina en las clases, lo que motivó frecuentes llamadas de atención por parte de los profesores, del jefe de unidad docente, de los orientadores escolares y citaciones a la madre de familia, sin obtener resultados favorables en su cambio de comportamiento y de actitud, razón por la cual la evaluación de su comportamiento en cada uno de los períodos académicos fue insuficiente". De igual modo, informó que, durante el año académico de 1996, el estudiante Burgos incumplió su compromiso de nivelar unas asignaturas pendientes del grado anterior y comenzó a no asistir a la clase de matemáticas.

Indicó que, a lo anterior, debían sumarse las quejas de los compañeros de curso del actor "por las frecuentes indelicadezas de que eran objeto en sus pertenencias por parte de un grupo de compañeros, entre los que se incluía al joven Burgos". Sobre este asunto, puntualizó que "es coincidencial que las ausencias de clase del grupo de estudiantes mencionado, coincidieran con algunos daños o pérdidas de objetos estudiantiles, de estudiantes de otros grupos, principalmente en los campos deportivos de la institución". A estos hechos se sumaron, también, los reportes presentados por varios profesores en los cuales informaban acerca de la indisciplina del estudiante Burgos, la cual obstaculizaba el desarrollo de las clases, así como los actos de irrespeto para con sus compañeros a quienes golpeaba y desafiaba a pelear a la salida de clases. Con motivo de todas estas irregularidades, la madre de Albeiro Burgos fue citada en mayo, agosto y octubre de 1996 con el fin de ponerla al corriente de la situación de su hijo y advertirle que, de persistir los comportamientos anotados, el colegio tendría que actuar de conformidad con lo dispuesto en el manual de convivencia. Señaló que, pese a estas advertencias, la conducta del alumno Burgos no mejoró.

En relación con el robo del maletín del estudiante Felipe Alberto Bedoya Zuluaga, el declarante manifestó que éste tuvo lugar "mientras Felipe Alberto estaba en clase de educación física con el profesor Hernando Pinzón, y el cual había advertido a un grupo de estudiantes que se encontraban cerca de las pertenencias de los estudiantes que realizaban la educación física que se retiraran de allí y entre ellos se encontraba Albeiro Burgos". Informó que, con motivo de esta denuncia, citó al estudiante Burgos y a su madre para ponerlos en conocimiento de esta situación. Agregó que, luego de esta reunión, continuó "buscando pistas y próximos a salir a vacaciones de mitad de año, cité de nuevo a la señora madre de Albeiro para solicitarle que en vista de que todos los indicios conducían a señalar a Albeiro como responsable de la pérdida de los objetos del estudiante Felipe Alberto, se pusiera de acuerdo con el padre de familia de éste para su reposición y que además nos colaborara con su hijo para identificar al estudiante que lo acompañaba en el momento de la pérdida de las pertenencias mencionadas, con el propósito de que su hijo no cargara con toda la responsabilidad y poder tener más elementos de juicio para la reunión del comité de estudio de caso, que es el órgano que en primera instancia debe avocar el conocimiento y las decisiones disciplinarias en el INEM".

El declarante manifestó que, en el mes de octubre de 1996, la madre de Albeiro Burgos se presentó en su oficina con el fin de comunicarle que su hijo "había aparecido con un Atari", el cual ella pensaba "era el pago por el silencio de su hijo, para que no denunciara a las autoridades del colegio al estudiante que lo acompañaba".

Señaló que, por todos estos motivos, el comité de estudio de caso, en su reunión del 26 de noviembre de 1996, decidió no renovar la matrícula de Albeiro Burgos, decisión en la cual "pesó muy poco la situación del presunto hurto de pertenencias del estudiante Felipe Alberto Bedoya". Precisó que esta decisión fue comunicada al estudiante y a su madre el 9 de diciembre de 1996 y éstos interpusieron un recurso de reposición ante el comité de estudio de caso, el cual confirmó su decisión inicial. Así mismo, manifestó que la decisión también fue apelada ante el consejo directivo del colegio, instancia que escuchó en descargos al estudiante y a su madre, para luego ratificar la decisión adoptada en primera instancia por el comité de estudio de caso, es decir, la no renovación de la matrícula "por incumplimiento y reincidencia" de los deberes contemplados en el manual de convivencia y en los artículos 95 y 96 de la Ley 115 de 1994.

En relación con el procedimiento seguido para investigar la desaparición del maletín, el declarante afirmó que "en primer lugar se le comunicó al estudiante los indicios en su contra, se escuchó al menor Felipe Alberto, a su padre de familia y al profesor Federico Ramos, quien fue testigo ocasional de la situación denunciada, no se adelantó ningún otro proceso porque se carecía de otros medios de prueba y porque pedagógicamente se pensó que el conflicto había terminado con el acuerdo entre Albeiro Burgos y el padre de familia del afectado".

Para terminar, aclaró que había solicitado a Albeiro Burgos que cancelara el valor del maletín hurtado porque las normas escolares disponen que los daños o hurtos deben ser cancelados por los responsables y "debido a la urgencia y necesidad del estudiante Felipe Alberto para disponer de los elementos escolares y a la contundencia de los indicios [en contra de Albeiro Burgos]".

2.6. El estudiante Uber Alberto Calderón Lozano declaró ante el Juzgado 3° Penal Municipal de Manizales que era amigo de Albeiro Burgos por ser compañeros de estudio en el colegio "Baldomero Sanín Cano". En relación con los hurtos ocurridos en esa institución educativa y a sus posibles responsables, manifestó que "yo escuchaba que en el salón decían que se perdió algo, como cuadernos, maletines, calculadoras, etc. y siempre acusaban a Albeiro Burgos y como cómplice a Luis Fernando Medina y cuando yo andaba con ellos, también me metían a mí como cómplice de esos hurtos". Agregó que, usualmente, quien formulaba las acusaciones era la joven Beatriz Helena Trujillo.

De otra parte, afirmó que Albeiro Burgos era "muy buena gente, honrado, yo nunca lo pillé con cosas que no eran de él, es juicioso e inclusive los fines de semana trabaja en el cementerio para poderse sostener en la semana".

Por último, puso en conocimiento del juzgado de tutela que a él tampoco le habían renovado la matrícula para el nuevo año escolar porque, según afirmaban las directivas del colegio, habían incurrido en faltas de indisciplina. Finalmente, aseguró que la anotación consignada en sus boletines de calificaciones, según la cual eran indelicados, les dificultaría de sobremanera conseguir un nuevo colegio.

2.7. En declaración rendida ante la juez de tutela, la profesora Leonora Giraldo de Silva,

coordinadora del curso del actor, informó que la matrícula de Albeiro Burgos no había sido renovada en razón del incumplimiento de este estudiante a las normas del manual de convivencia. En especial, señaló que ello se debió a "fugas frecuentes de clase, indisciplina permanente en la institución, en el primer semestre del año pasado hubo un hurto de elementos escolares a un estudiante y él fue sindicado (...), a él no se le pudo comprobar nada, pero los compañeros lo sindicaban a él constantemente del hurto".

En punto al proceso disciplinario llevado a cabo para adoptar las medidas en contra de Albeiro Burgos, la declarante manifestó que habían sido seguidas las normas respectivas del manual de convivencia, "después de un seguimiento todo el año, sobre cuántas fallas tienen, las cuales deben reportarse en un control (...), se le reporta las fugas (...), se lleva un control dentro de la institución respecto a su comportamiento o convivencia y después de hacer este seguimiento es que se toma la determinación de no permitirle el ingreso a la institución". Por último, señaló que el nivel académico de Albeiro Burgos era "más bien regularcito".

3. Por providencia de marzo 3 de 1997, el Juzgado 3° Penal Municipal de Manizales negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por Albeiro Burgos Parra contra el Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano".

El fallador de tutela consideró que el colegio demandado no vulneró ninguno de los derechos fundamentales invocados por el actor. En efecto, señaló que "según todas las pruebas aportadas a esta acción de tutela, fue el mismo joven el que no cumplió con los requisitos y el manual de convivencia del Instituto Nacional de Educación Media diversificada Inem Baldomero Sanín Cano, como bien lo estatuye en sus diferentes apartes, y que fue debidamente aportado a este cuaderno y en donde al ser leído se puede constatar las faltas graves que dan como sanción la cancelación de la matrícula, entre ellas: 1) 'Reincidir en faltas graves...' 5) 'Registrar un récord de inasistencia injustificada...' 8) 'Atentar contra la vida, honra y bienes de los integrantes de la comunidad Inemita'. Y en otros de los capítulos propiamente el 5. Normas de comportamiento dice lo siguiente: Son conductas que atentan contra la ética, la ley y los reglamentos de la institución, entre otras, a) Faltas contra la disciplina. No asistir a clases estando en el Instituto, llegar tarde sin excusa, ausentarse del aula sin permiso, comportarse indebidamente dentro o fuera del colegio, participar en juegos de suerte o azar. Vemos que muchas de estas faltas las cometió el joven Burgos, según las declaraciones recibidas en esta tutela y que manifiestan claramente que violaron el manual antes descrito y aportado por las directivas y que se pudo constatar que éstas agotaron todas las vías y desataron todos los recursos interpuestos por el tutelante, observando todas las normas legales, y los decretos y leyes que en cuanto a educación se refieren".

4. Mediante escrito de marzo 5 de 1997, la Defensora del Pueblo Regional Manizales impugnó la sentencia de primera instancia.

En particular, la impugnante se refiere a la anotación efectuada en el boletín de calificaciones del actor - según la cual éste "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros" -, la que, a su juicio, viola su derecho al buen nombre. Así mismo, señaló cómo el incidente de los dulces con la estudiante Beatriz Helena Trujillo y el hurto

del morral del alumno Felipe Alberto Bedoya, habían derivado "en la vulneración del derecho de defensa y del derecho al debido proceso porque en ningún momento se estableció una responsabilidad individual. Se dedujo dicha responsabilidad del pago que debió hacer la madre del menor de los objetos perdidos ante la amenaza de expulsión del alumno si no lo hacía y esto sirvió de soporte para de manera irresponsable hacer el señalamiento en el joven Burgos. (...). Nos preguntamos si el colegio mediante el correspondiente procedimiento disciplinario logró establecer las responsabilidades individuales o sólo se dejaron llevar por meras presunciones cuando lo que debe presumirse es la buena fe y la inocencia hasta tanto no se demuestre lo contrario".

En opinión de la Defensora del Pueblo, el colegio demandado calificó la conducta de Albeiro Burgos con base en meras suposiciones e indicios y "en cuanta especulación hacían los profesores, compañeros y hasta madres de familia".

La impugnante señaló que varias de las conductas llevadas a cabo por el actor que, a juicio de las autoridades escolares, vulneraban las normas del manual de convivencia, no son consistentes con las calificaciones finalmente vertidas en el informe conceptual sobre el alumno. De igual modo, tampoco es explicable cómo el estudiante pudo ser promovido del grado 8° al grado 9° si, según las directivas del colegio, tenía obligaciones académicas pendientes. Por otra parte, la Defensora anotó que la institución educativa demandada había incumplido con lo dispuesto en los artículos 313 y 314 del Código del Menor, según los cuales era su deber investigar la causa de las reiteradas inasistencias a clase del menor Albeiro Burgos y, si era preciso, informar al Defensor de Familia para que éste adelantara las medidas de protección pertinentes.

Por último, afirma que "si la finalidad de la sanción penal no es retaliatoria, muchísimo menos lo puede ser una sanción educativa la cual debe contener como elemento *sine qua non* la formación de los educandos. De ahí que así como no es posible imponer una sanción penal a un infractor de la ley sin antes habérsele vencido en juicio, tampoco es dable a los establecimientos educativos imponer sanciones que afecten el futuro de los menores sin antes haberse agotado el procedimiento previo [respectivo]".

Con base en lo anterior, solicitó: (1) que el fallo de primera instancia fuera revocado; (2) que los derechos fundamentales invocados fueran protegidos; (3) el reintegro de Albeiro Burgos al colegio demandado; (4) ordenar que se borrara del informe conceptual correspondiente al año de 1996 la frase "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros"; (5) que en un plazo razonable el INEM inicie un proceso disciplinario a Albeiro Burgos conforme a las reglas del debido proceso; y, (6) que se advierta al INEM que se abstenga de incurrir en conductas que amenacen o vulneren los derechos fundamentales de los estudiantes.

5. Mediante sentencia de abril 7 de 1997, el Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales confirmó la decisión de primera instancia.

A juicio del *ad-quem*, "consta en autos que el accionante no es un estudiante que se haya esmerado por valorar sus relaciones con sus compañeros, no ha mostrado la menor consi-

deración hacia los que estudian y se conducen bien, no ha mostrado una actitud seria hacia el trabajo, no sabe dominarse a sí mismo, no ha aceptado la ayuda y orientación de sus profesores, no se ha interesado por mantener unas buenas relaciones dentro del plantel y aunque es posible que tenga cualidades positivas no lo ha demostrado. Se evidencia que no ha obrado con discreción y rectitud frente a sus compañeros de estudio y sus profesores; se dice que es mal estudiante e impide que los demás lo hagan; quebranta en forma permanente la disciplina, es grosero, violento, poco serio e indelicado".

El fallador de segunda instancia puso de presente que, pese a que los profesores y directivos del colegio demandado señalaron a Albeiro Burgos cuáles eran sus fallas y cómo debía subsanarlas, éste hizo caso omiso a todas las recomendaciones del personal docente. Después de un recuento de los distintos actos de indisciplina y de desidia académica que se endilgan al demandante, el *ad-quem* señaló que "todos estos actos de indisciplina a los que hay que aunarle un hecho de indelicadeza comprobado - así lo certifica el señor Rector -, fueron los que finalmente llenaron la copa de las directivas del Instituto (...). Los actos de indisciplina reiterados y permanentes del alumno, no fueron inventados por los profesores ni por los miembros del Consejo Estudiantil (sic) para perjudicar al estudiante".

Por otra parte, estimó que si bien la inasistencia a clase no es una falta que el manual de convivencia califique como grave, sí lo son los "actos de indelicadeza", cuya comisión, según constancias expedidas por las directivas del plantel educativo, fue admitida por Albeiro Burgos. Considera que el pago efectuado por el actor para cancelar el valor del morral hurtado es un indicio de su responsabilidad en el robo. Afirma que, "de ser cierto que era inocente del acto de indelicadeza que se le imputaba, su posición habría sido muy diferente. No se habría expuesto al escarnio público. Seguramente hubiese buscado probar por todos los medios a su alcance que nada tenía que ver en ese asunto".

En relación con el procedimiento seguido por el colegio demandado para adoptar las medidas en contra del actor, el fallador consideró que sí habían sido cumplidos los procedimientos pedagógicos de rigor fijados en el manual de convivencia. En efecto, el estudiante fue objeto de un adecuado seguimiento y se le hicieron saber oportunamente cuáles eran sus fallas con el fin de que mejorara su comportamiento y su rendimiento académico. Sobre este punto anotó que "el tema del debido proceso en los actos administrativos de los colegios debe entenderse como la observancia de los requisitos mínimos establecidos en las normas pedagógicas para las acciones disciplinarias que se adelanten contra los alumnos que incurren en faltas, pero no puede exigirse que en tales investigaciones se emplee el rigorismo que se exige en las indagaciones de tipo penal. La verdad es que antes de tomar las determinaciones que afectan los intereses del estudiante se le escucho a éste y a sus progenitores. Se le dio la oportunidad de explicar su conducta y rebatir los cargos, pero no lo hizo. Se le enteró de las decisiones y se el concedieron los recursos que oportunamente interpuso. Todos estos procedimientos revelan que también se le garantizó el derecho a la defensa".

Por último, el juzgador de segunda instancia consideró, en lo relativo a los actos de indelicadeza, que era suficiente "la certificación expedida por el señor Rector de que el menor accionante reconoció la autoría de tal conducta en su presencia y se comprome-

tió a pagar el valor del morral al progenitor del menor ofendido". En cuanto a la supuesta vulneración del derecho al buen nombre del actor, anotó que "no se observa que en el informe conceptual y descriptivo (...) haya existido ánimo de los profesores del Instituto de perjudicar al alumno accionante desacreditándolo de manera injusta. Esa anotación es perfectamente viable de acuerdo con el manual de convivencia aceptado previamente por los estudiantes como norma rectora de su estadía en el plantel educativo. No tiene otra finalidad que de llevar un control de los comportamientos indebidos de los alumnos dentro del colegio. Esa anotación (...) tiene su origen en el reconocimiento que en forma libre y espontánea hizo el accionante de haberse apoderado indebidamente de un morral de propiedad de otro estudiante".

6. La anterior decisión fue enviada a la Corte Constitucional para su eventual revisión y, por insistencia del Defensor del Pueblo, fue seleccionada, correspondiendo a esta Sala su conocimiento.

A juicio del Defensor, la anotación consignada en el informe conceptual y descriptivo del actor - según la cual "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros" -, "significa ni más ni menos una o varias imputaciones que al efecto han quedado al descubierto a través de lo probado dentro del proceso de tutela donde se hace clara referencia al hurto de un morral (...) y que se presume fue cometido por el ex-alumno Burgos Parra. No hay en el proceso de tutela elementos claros que lleven a inferir que tal conducta fue adelantada por el actor, como quiera que no existen personas que hayan declarado verlo cargando a la vista el morral hurtado o documentos donde se recoja un testimonio del joven aceptando tal hecho".

Considera que, incluso admitiendo que el demandante hubiese incurrido en las conductas que se le imputan, no es posible que el colegio haga anotaciones como la señalada, toda vez que, del mencionado informe, depende que el estudiante sea admitido en otras instituciones educativas. Agrega que "este tipo de procesos, que indudablemente pueden dar lugar a la expulsión del alumno del colegio por la gravedad de la falta, tiene señalados en los manuales de convivencia consecuencias precisas, (...), por lo cual no existe razón para que aunado a ello se genere en el informe evaluativo la estigmatización del estudiante, por una conducta que debe ser reformada a través de procesos educativos y no negando la posibilidad de ellos, como al efecto le ocurrió al accionante".

Por último, señala que las actuaciones del colegio demandado transgreden lo dispuesto en el Código del Menor, como quiera que esa institución debió dar aviso al Defensor de Familia para que éste estableciera cuáles podían ser las causas que motivaban los comportamientos de Albeiro Burgos y actuara de conformidad con éstas. De igual forma, indica que el artículo 174 del mencionado código, según el cual las actuaciones judiciales o administrativas que se cursen contra un menor deben ser secretas y que, por ello, no podrán ser expedidas certificaciones de las diligencias practicadas dentro de esos procedimientos, resultó vulnerado por la institución educativa. Anota que "si en las investigaciones de las infracciones penales cometidas por menores se establece absoluta y total reserva, con el fin de proteger al menor infractor, no hay la más mínima justificación para que por fuera de un proceso regular de investigación de

una infracción, se consignen, en detrimento del nombre de un menor de edad, anotaciones como la atribuida al joven Burgos. No importa, se precisa, que ellas correspondan a la realidad, como quiera que se trata de una persona en etapa de formación y cuyos derechos por virtud del artículo 44 de la Carta Política prevalecen sobre los derechos de los demás".

FUNDAMENTOS

Planteamiento del problema

1. Según las autoridades del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" de la ciudad de Manizales, durante el año académico de 1996, el estudiante Albeiro Burgos, incurrió en una serie de faltas disciplinarias cuya comisión se encuentra documentada en el expediente contentivo de la acción de tutela de la referencia.

En efecto, según el "Extracto del Seguimiento Grupal del Comportamiento de la Sección 811 del año 1996, correspondiente al estudiante Albeiro Burgos Parra" (fols. 47-49) al renovarse la matrícula del estudiante para el grado 8° se le advirtió que su comportamiento durante el año de 1995 había sido calificado como insuficiente, en razón de su "impuntualidad, indisciplina en clase, peleas con los compañeros e inasistencias frecuentes a clases". En el mismo documento puede leerse que, el 28 de mayo de 1996, la madre de Burgos Parra fue convocada por el centro educativo con motivo de la reincidencia de su hijo en inasistencias injustificadas a clase. El comportamiento del actor durante el primer período académico del año de 1996 fue calificado como insuficiente.

Por otra parte, en el mencionado "Extracto del Seguimiento", en el acápite relativo al segundo período académico aparecen, fechados los días 12, 14, 16, 20 y 21 de agosto, 9 de septiembre y 4 de octubre de 1996, los reportes efectuados por los profesores de las asignaturas de mecanografía, inglés, pintura, ciencias y matemáticas, en los cuales informan acerca de las reiteradas inasistencias a clase de Albeiro Burgos Parra. De igual forma, la madre de este último fue citada nuevamente, el 23 de agosto de 1996, a comparecer ante las autoridades escolares para ponerla al corriente de la indisciplina y ausentismo de su hijo. Como consecuencia de todo lo anterior, el comportamiento del estudiante durante el segundo período académico fue evaluado como insuficiente.

Las anotaciones relativas al tercer período académico de 1996 señalan que los días 24 de octubre y 1° de noviembre el alumno Burgos Parra fue citado a la Unidad Docente con el fin de amonestarlo por sus continuas inasistencias a clase, su indisciplina y por sus conflictos con sus compañeros. Igualmente, se indica que, el 31 de octubre de 1996, abandonó, sin justa causa, la clase de sociales para incurrir en nuevos actos de indisciplina y desafiar a pelear a otro estudiante. Así mismo, se registra una nueva citación a la madre, el 25 de octubre de 1996, oportunidad en la cual se le advirtió que si no había cambios positivos en la actitud y el comportamiento de su hijo, el colegio aplicaría las sanciones disciplinarias correspondientes. Nuevamente, el comportamiento de Albeiro Burgos Parra para el tercer período académico fue calificado como insuficiente.

De otro lado, el "Extracto del Seguimiento Académico al estudiante Albeiro Burgos Parra en 1996" (fols. 43-44) indica, en primer lugar, que el mencionado alumno, luego de la evaluación académica definitiva del grado 7°, cursado durante 1995, tenía pendiente la asignatura de ciencias naturales, la cual debía nivelar en el curso del año de 1996 en la jornada sucesiva a la que normalmente le correspondía. Este documento señala que Albeiro Burgos Parra nunca se presentó a las clases de ciencias, necesarias para llevar a cabo la nivelación antes mencionada, pese a la amonestación que, en este sentido, tuvo lugar el 27 de mayo de 1996.

Por último, a folios 45 y 46 del expediente, aparece el "Extracto del Control de Inasistencia de la Sección 811 de 1996 correspondiente a Albeiro Burgos Parra", en el cual puede constatarse que el anotado estudiante se ausentó injustificadamente de clase los días 14, 21, 22 y 29 de marzo; 10, 11, 16, 25, 26 y 30 de abril; 3, 9, 16, 21, 22, 23, 27, 28 y 29 de mayo; 5, 6, 7 y 11 de junio; 16, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 26 y 29 de julio; 5, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 20, 23 y 30 de agosto; 9, 10, 12, 13, 19, 23, 24 y 27 de septiembre; 1,3, 22 y 29 de octubre; y, 1, 6, 8 y 12 de noviembre.

Además de las fallas disciplinarias y académicas antes reseñadas, en el mencionado "Extracto del Seguimiento Grupal del Comportamiento de la Sección 811 del año 1996, correspondiente al estudiante Albeiro Burgos Parra" (fols. 47-49) aparecen indicadas las distintas diligencias llevadas a cabo por el Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" en .torno al hurto de las pertenencias del alumno Felipe Alberto Bedoya Zuluaga, de cuya comisión se señalaba como presunto responsable a Albeiro Burgos Parra. Así, con fecha del 28 de mayo de 1996 se indica que este estudiante fue reportado por el Jefe de Unidad Docente "como presunto responsable de hurto de pertenencias del estudiante Felipe Alberto Bedoya Zuluaga". A continuación, de esta anotación se especifica que el padre de Felipe Alberto Bedoya se presentó en el colegio para denunciar al alumno Burgos Parra "como responsable de tomar pertenencias de su hijo, en compañía de otro estudiante de color trigueño". De igual modo, se indica que Albeiro Burgos y su madre fueron citados al centro educativo y que aquél "fue reconocido" por Felipe Alberto Bedoya y "por otros compañeros".

Posteriormente, en la anotación fechada el 15 de julio de 1996, puede leerse: "Estudiante Burgos, previo acuerdo con el señor Jaime Bedoya, pagó elementos escolares del estudiante Felipe Alberto Bedoya. Pendiente citación del Comité de Estudio de Caso para analizar esta situación, la negativa a nivelar ciencias, las inasistencias injustificadas a clases estando en el colegio y la sospecha de apropiación de útiles escolares de compañeros de sección e indisciplina frecuente en clases".

2. Según consta en el ya mencionado "Extracto del Seguimiento Grupal del Comportamiento de la Sección 811 del año 1996, correspondiente al estudiante Albeiro Burgos Parra" (fol. 48), el día 26 de noviembre de 1996 el Comité de Estudio de Caso decidió no renovar la matrícula de Albeiro Burgos Parra para el año académico de 1997. Las causales que dieron lugar a esta sanción fueron las siguientes: (1) "su negativa a nivelar ciencias de 7°"; (2) "su reincidencia en inasistencias injustificadas a clase estan-

do en el INEM"; (3) "su reincidencia en indisciplina en clases"; y, (4) "su responsabilidad aceptada en hurto de elementos escolares del estudiante Felipe Alberto Bedoya". Según los documentos recopilados en el expediente, la sanción antes mencionada fue impuesta conforme al procedimiento que se describe a continuación.

En el "Extracto de Reunión de 'Comité de Estudio de Caso' de Grado 8°-1996" (fol. 50) se establece que el 25 de noviembre de 1996 los profesores del grado 8° del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" se reunieron con el fin de "evaluar el comportamiento definitivo de los estudiantes de las secciones 808 a 815 de la jornada de la tarde, en el año de 1996" y "acordar la renovación de matrícula de los mismos estudiantes para el año de 1997". Al analizar el caso de Albeiro Burgos Parra, los profesores evaluaron su comportamiento definitivo como insuficiente, habida cuenta de "los seguimientos académico, disciplinario y de inasistencia, (...), además de los informes de cada una de las secciones, presentados por los profesores". Adicionalmente, los maestros acordaron la no renovación de la matrícula del alumno Burgos Parra para 1997, "por su negativa a nivelar ciencias de grado 7°, por su indisciplina continuada, por sus inasistencias injustificadas a clase y por ser presuntamente responsable de hurto de elementos escolares, pertenecientes a Felipe Alberto Bedoya, de la sección 703; a pesar de los llamados frecuentes de atención y amonestaciones al estudiante y al padre de familia, aquél no mejoró su comportamiento, ni colaboró en su proceso educativo".

La anterior decisión fue comunicada al estudiante y a su madre el 9 de diciembre de 1996 (fol. 48), fecha en la cual les fue entregado el "Informe Conceptual y Descriptivo" (fol. 53) y se les informó acerca de los recursos que procedían contra la determinación adoptada por el Comité de Estudio de Caso. Cabe anotar que, en los comentarios correspondientes a la asignatura "comportamiento", consignados en el señalado informe, puede leerse: (1) "En el transcurso del año faltó muchos días sin justificación"; (2) "su indisciplina en clases impidió su normal desarrollo. No mejoró"; (3) "Es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros"; y, (4) "No usó los zapatos en los colores exigidos para el uniforme, tanto de diario como de educación física".

Una vez interpuesto, en forma verbal, el recurso de reposición contra la decisión de no renovación de matrícula, el Comité de Estudio de Caso se reunió en forma extraordinaria el 7 de febrero de 1997 (fols. 48 y 51). En esta ocasión, luego de haber leído las "razones y descargos" y "después de las consideraciones y debate pertinente", los docentes, por unanimidad, decidieron mantener la sanción impuesta y señalaron que contra esta determinación procedía el recurso de apelación ante el Consejo Directivo del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano".

El Consejo Directivo, en su reunión del 13 de febrero de 1997, confirmó la decisión de primera instancia. En el acta correspondiente a esta reunión (fols 41 y 42), puede leerse que, en primer lugar, se dio lectura al escrito mediante el cual el alumno sancionado y su madre solicitan la reconsideración de la decisión. Así mismo, se señala la existencia de un escrito de defensa (fols. 5 a 12) firmado por "un exalumno del Instituto y por la madre del alumno [Albeiro Burgos], firma que no estampó la mencionada señora sino el exalumno, la cual no será tenida en cuenta ya que no es acudiente del alumno Burgos".

El acta indica que, a continuación, se permitió el ingreso del estudiante y de su madre, la cual explicó no haberle dado poder al exalumno que firmaba el escrito de defensa anotado, sino que "únicamente le pidió ayuda para redactar la carta y lo autorizó para que firmara por ella pues estaba en su trabajo".

Acto seguido, Nestor Marulanda, Jefe de Unidad Docente, informó que Albeiro Burgos era un "alumno dificultad", toda vez que no asistía a clases encontrándose en el colegio y se fugaba de las mismas. De igual forma, manifestó que "simultáneamente empiezan a aparecer daños en el colegio y el informe de pérdidas de artículos personales de estudiantes del Instituto". Igualmente, informó que "tampoco asiste a sus clases de matemáticas y aduce que no tiene tiempo por su trabajo. Al regreso de vacaciones de mitad de año empiezan a aparecer problemas individuales de estos alumnos, todos relacionados con indelicadezas con los objetos personales de los compañeros. En el mes de mayo en las canchas se perdió un morral con las pertenencias de un alumno de grado siete; al hacer las investigaciones del caso, Albeiro es señalado por un profesor como el alumno que el día del robo salió de las canchas con un objeto escondido entre su uniforme; además es reconocido por todos los niños de la sección. Albeiro se puso en contacto con el padre del niño y éste prometió pagarle lo robado a su hijo. La pérdida de objetos en la sección 811 hizo crisis, lo mismo que las fugas y conflictos porque ya este alumno era señalado por sus compañeros. La madre de Albeiro fue informada continuamente de las faltas de su hijo, su preocupación fue grande y siempre estuvo pendiente de la situación; (...)".

Según el acta ya mencionada, a continuación fueron escuchados el alumno y su madre, "quienes dan versiones que no se ajustan a la verdad y continuamente entran en contradicciones".

Por último, el órgano directivo decidió confirmar la decisión de primera instancia y recomendó a la madre de Albeiro Burgos Parra, ubicarlo en un colegio más pequeño.

3. Se pregunta la Sala si la aplicación del procedimiento disciplinario antes descrito, a un estudiante que ha incurrido en las conductas señaladas en el numeral 1, viola sus derechos fundamentales.

El procedimiento disciplinario en los establecimientos educativos

4. La convivencia dentro de una determinada comunidad implica, para quienes la integran, el disfrute de una serie de derechos acompañado, al mismo tiempo, de la obligación de cumplir con ciertos deberes. Lo anterior encuentra sustento constitucional en lo dispuesto por el artículo 95-1 de la Carta Política, según el cual es deber de las personas y de los ciudadanos "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". La comunidad educativa, es decir, aquella que se encuentra integrada por estudiantes, maestros y directivos de los colegios públicos y privados, no esta exenta del principio general anotado más arriba, toda vez que sus integrantes son titulares de derechos, mientras que están sujetos al cumplimiento de una serie de deberes.

En reiteradas oportunidades, la Corte ha señalado que la educación (C.P., artículo 67) es

un derecho-deber[1]. Ciertamente, al paso que los estudiantes son titulares del anotado derecho, también están obligados a observar, dentro de los establecimientos educativos, un comportamiento académico y disciplinario acorde con las disposiciones de lo que el artículo 87 de la Ley General de Educación (Ley 115 de 1994) ha denominado "Manual de Convivencia", es decir, el documento "en el cual se definen los derechos y obligaciones de los estudiantes". En pocas palabras, es posible afirmar que la permanencia de un estudiante en una determinada institución educativa depende, por entero, de que sus acciones se ajusten a lo que disponga el respectivo manual de convivencia.

Con fundamento en normas constitucionales (C.P., artículos 67 y 68) y legales (Ley 115 de 1994, artículo 77) los colegios ostentan un grado notable de autonomía para expedir las normas que habrán de regular la convivencia en la comunidad educativa. Sin embargo, esta garantía institucional no es total, como quiera que el establecimiento de las mencionadas normas de convivencia es un ejercicio que se encuentra sujeto a los valores, principios y derechos consagrados en la Constitución Política. Esta Corte ha subrayado, en reiteradas oportunidades, que los manuales de convivencia y demás reglamentos educativos son, en alguna medida, un reflejo mediato de las normas superiores, razón por la cual su validez y legitimidad depende de su conformidad con las mismas.

Las faltas y procedimientos disciplinarios constituyen uno de los temas fundamentales cuya regulación corresponde a los manuales de convivencia. Si bien el ejercicio de las potestades sancionatorias de los colegios está amparado por la autonomía antes mencionada, la cual les permite aplicar un grado considerable de discrecionalidad a la hora de juzgar las faltas cometidas por los estudiantes e imponer las sanciones que correspondan, éste se encuentra sometida a las garantías que comporta el derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29). La jurisprudencia constitucional sobre esta materia ha señalado que los procedimientos disciplinarios de las instituciones educativas deben garantizar el derecho de defensa de la persona a quien se impute la comisión de una determinada falta, razón por la cual los reglamentos deben contener como mínimo (1) la determinación de las faltas disciplinarias y de las sanciones respectivas y, (2) el procedimiento a seguir previo a la imposición de cualquier sanción. En un pronunciamiento que hacía referencia a los procesos disciplinarios llevados a cabo por las universidades y que esta Sala juzga aplicable al caso de los colegios, la Corte señaló el contenido mínimo del procedimiento que deben observar las instituciones educativas en orden a la efectividad del derecho de defensa:

> "En resumen, la efectividad del derecho al debido proceso dentro de los procedimientos sancionadores aplicados por las instituciones universitarias, sólo queda garantizada si el mencionado procedimiento comporta, como mínimo, las siguientes actuaciones: (1) la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas pasibles de sanción; (2) la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella cons-

---

1 ST-002/92 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; ST-492/92 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; ST-519/92 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; ST-118/93 MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz; ST-341/93 MP. Dr. José Gregorio Hernández Galindo; ST-092/94 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; ST- 340/95 MP. Dr. Carlos Gaviria Díaz; ST-527/95 MP. Dr. Fabio Morón Díaz; ST-024/96 MP. Dr. Alejandro Martínez Caballero; ST-157/96 MP. Dr. Hernando Herrera Vergara.

ten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar (con la indicación de las normas reglamentarias que consagran las faltas) y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; (3) el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; (4) la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos (de manera oral o escrita), controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; (5) el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; (6) la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y (7) la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones de las autoridades competentes"[2].

Conforme a estos parámetros, debe la Sala determinar si, en el caso *sub-lite*, resultó vulnerado el derecho al debido proceso de Albeiro Burgos Parra por parte del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano".

5. El capítulo V del manual de convivencia del centro educativo demandado establece las normas de comportamiento que deben observar los estudiantes. En el literal A se encuentran enunciadas las denominadas "faltas contra la disciplina", dentro de las cuales son de destacar el "no asistir a clases estando en el Instituto", "ausentarse del aula sin permiso" e "irrespetar a las personas". El tratamiento de estas faltas es el siguiente: (1) envío al coordinador de la sección o jefe de departamento; (2) anotación en la hoja de vida y llamado de atención por parte del Jefe de Unidad Docente. De otra parte, la norma señalada indica que los retardos son tratados del siguiente modo: (1) el primer retardo se anota en el control que se lleva en la Unidad Docente; (2) al segundo retardo se hace amonestación verbal por parte del Jefe de Unidad Docente; (3) al tercer retardo se hace citación al padre de familia; (4) al cuarto retardo se envía al estudiante a la Vicerrectoría Académica.

El literal B del manual de convivencia del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" indica las faltas graves. Entre éstas merece la pena resaltar el "reincidir en cualquiera de [las faltas contra la disciplina]", "intimidar o irrespetar de palabra o de hecho a los integrantes de la comunidad Inemita o atentar contra su vida, honra y bienes", "fugarse del Instituto", "participar en peleas" y "agredir física o verbalmente a las personas". Según el manual de convivencia, el tratamiento a seguir frente a las faltas antes señaladas es el siguiente: (1) anotación en la hoja de vida; (2) suspensión de clases de uno a tres días, previo informe del Jefe de Unidad Docente al padre de familia; y, (3) rebaja en la evaluación del comportamiento.

Por último, el literal C del manual de convivencia establece las causales de cancelación de matrícula, entre las cuales conviene indicar el "reincidir en faltas graves", "ser declarado responsable de hurto", "registrar un récord de inasistencia injustificada superior al veinte por ciento (20%) de la intensidad horaria anual" y "negarse a cumplir con las normas estatuidas en este manual". En relación con el procedimiento a seguir para la imposición de

2 ST-301/96 MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

la sanción de cancelación de matrícula el manual de convivencia establece:

> "Cuando el estudiante incurra en alguna de las conductas contempladas en este literal, el 'Comité de Estudio de Casos' conoce y analiza el problema presentado por el estudiante y propone a la rectoría el procedimiento a seguir, teniendo en cuenta el Código del Menor y los derechos del estudiante contenidos en este manual. Igualmente, este Comité estudia otras faltas muy graves que no estén especificadas aquí.
>
> Conocida una situación que pudiere constituir falta disciplinaria por parte de un estudiante, las directivas del plantel procederán a establecer, previa investigación, si aquella puede clasificarse como tal. En caso positivo, comunicará al estudiante, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al conocimiento del hecho los cargos que se formulen. Si no se hallaren méritos para adelantar la investigación se podrá archivar el asunto, sin más trámite. En caso contrario se remitirá al organismo competente para que obre de conformidad y aplique la sanción del caso.
>
> Todas las decisiones que de alguna manera afecten al estudiante son susceptibles de reposición ante el estamento o funcionario que tomó la decisión y apelables ante el superior correspondiente siguiendo el conducto regular".

6. En primer lugar, la Sala encuentra que el manual de convivencia del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" cumple con los requisitos generales señalados por la jurisprudencia de esta Corporación en orden a la garantía del derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29). En efecto, el anotado manual determina, por una parte, las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los estudiantes del centro educativo e indica el tratamiento que corresponde a cada una de las mismas. De otra parte, el manual de convivencia, en el literal C del capítulo V, señala el procedimiento que precede a la imposición de la sanción de cancelación de matrícula.

Albeiro Burgos Parra fue sancionado con la cancelación de su matrícula por: (1) su negativa a nivelar ciencias del grado 7°; (2) su indisciplina continuada; (3) sus inasistencias injustificadas a clase; y, (4) ser presuntamente responsable de hurto de elementos escolares (fols. 48 y 50). Confrontado lo anterior con las causales de cancelación de matrícula, consignadas en el literal C del capítulo V del manual de convivencia del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano", la Sala encuentra que algunas de las conductas del estudiante Burgos Parra se ajustan a la primera (reincidir en faltas graves) de las anotadas causales. Ciertamente, la inasistencia a clases es considerada una falta contra la disciplina (manual de convivencia, capítulo V, literal A), la cual se convierte en falta grave si el estudiante reincide en la mencionada inasistencia (manual de convivencia, capítulo V, literal B). Si el estudiante, pese a las medidas que el manual de convivencia consagra para el tratamiento de las faltas contra la disciplina y las faltas graves, persiste en su conducta ausentista, ésta se convierte en causal de cancelación de la matrícula (manual de convivencia, capítulo V, literal A, numeral 1°). Por otra parte, la negativa a nivelar la asignatura de ciencias correspondiente al grado 7° puede ser considerada como una forma de incumplimiento al deber de rendimiento académico (manual de convivencia, capítulo IV, literal A), cuya vulneración es

considerada como una falta contra la disciplina. En efecto, dentro de las faltas de esta índole se encuentra el incumplimiento de los deberes señalados en el manual de convivencia (-manual de convivencia, capítulo V, literal A), cuya reiteración lo convierte primero en falta grave y, luego, en causal de cancelación de la matrícula.

7. La inasistencia injustificada y reiterada a clases del estudiante Albeiro Burgos Parra durante el año 1996, así como su negativa a nivelar la asignatura de ciencias correspondiente al grado 7°, encuentran fundamento probatorio suficiente en el "Extracto del Control de Inasistencia de la Sección 811 de 1996 correspondiente a Albeiro Burgos Parra" (fol. 45, v. *supra*) y en el "Extracto de Seguimiento Académico al estudiante Albeiro Burgos Parra en 1996" (fols. 43 y 44, v. *supra*). De igual modo, del "Extracto del Seguimiento Grupal del Comportamiento de la Sección 811 del año 1996, correspondiente al estudiante Albeiro Burgos Parra" (fols. 47 y 48), así como del propio testimonio del actor (fols. 3 y 4) y de la madre de éste (fols. 27 y 28), se desprende que la institución educativa demandada, antes de cancelar la matrícula de Burgos Parra, aplicó el tratamiento señalado por el manual de convivencia para corregir las faltas contra la disciplina y las faltas graves de los estudiantes (v. *supra*). En efecto, Albeiro Burgos fue convocado en varias oportunidades al despacho del Jefe de Unidad Docente con el fin de amonestarlo por sus conductas, las cuales fueron debidamente anotadas en su hoja de vida. De igual forma, la madre del alumno fue citada varias veces para informarle acerca del comportamiento de su hijo y advertirle que si éste persistía en las conductas contrarias al manual de convivencia el colegio se vería en la necesidad de aplicar las sanciones pertinentes.

8. Sin embargo, luego de un análisis detallado del procedimiento llevado a cabo por el Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" para imponer al estudiante Albeiro Burgos Parra la sanción de cancelación de matrícula, la Sala concluye que el derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29) del mencionado alumno resultó vulnerado por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, el "Comité de Estudio de Casos", es decir, la autoridad educativa que, en primera instancia, sancionó al actor, carece de competencia para imponer este tipo de sanciones. En efecto, según lo dispuesto por el literal C del capítulo V del manual de convivencia, transcrito más arriba, la competencia del señalado Comité se contrae a "*conoce[r]* y *analiza[r]* el problema presentado por el estudiante" y a "*propone[r] a la rectoría* el procedimiento a seguir, teniendo en cuenta el Código del Menor y los derechos del estudiante". Lo anterior resulta confirmado por lo dispuesto en el literal C del capítulo VII del manual de convivencia ("Información General"), en donde se establece que el "Comité de Estudio de Casos" es el órgano "encargado de *estudiar* y *analizar* las faltas de comportamiento que puede ocasionar cancelación de matrícula". De igual forma, la norma bajo análisis dispone que "el Comité por medio de actas de las sesiones de trabajo, *sugiere a la rectoría*, los correctivos que se deben aplicar en el caso estudiado".

Conforme a lo dispuesto por el manual de convivencia, la Sala estima que la autoridad en quien reside la competencia para imponer sanciones en el Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" es la rectoría y no el "Comité de Estudio de Casos", cuyas funciones, en materia disciplinaria y sancionatoria, se limitan a conocer y analizar el asunto para luego propo-

ner a la rectoría cuáles son las medidas que ésta debe adoptar con respecto al mismo. En el caso *sub-lite*, la sanción de cancelación de matrícula impuesta a Albeiro Burgos Parra fue dispuesta por el mencionado "Comité de Estudio de Casos", según se desprende de las actas fechadas los días 25 de noviembre de 1996 (fol. 50) y 7 de febrero de 1997 (fol. 51), sin participación alguna de la rectoría del centro educativo demandado.

Por otra parte, al conocer de la apelación contra la decisión adoptada en primera instancia por el "Comité de Estudio de Casos", el Consejo Directivo del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" desconoció al derecho de defensa del demandante al no otorgar ningún valor al escrito presentado por éste y su madre, con el argumento de que ésta autorizó a otra persona para firmar en su lugar (fol. 41). Sin embargo, en sus declaraciones ante el juzgado *a-quo*, tanto Albeiro Burgos (fol. 4) como su madre (fol. 28), manifestaron que ellos mismos habían solicitado la redacción del escrito de defensa, lo cual, a juicio de la Sala, debe tenerse como una clara convalidación del contenido del mismo. Así mismo, en el mencionado memorial (fols. 7 a 12) se lleva a cabo un análisis detallado de las falencias del proceso disciplinario cursado contra Albeiro Burgos, así como de la supuesta vulneración de su derecho al buen nombre, aspectos que, al parecer, no fueron objeto de debate en las reuniones del "Comité de Estudio de Casos" y del Consejo Directivo del centro educativo demandado, en las cuales se adoptaron las decisiones sancionatorias impuestas al actor. Por el contrario, en el acta del Consejo Directivo, fechada el 13 de febrero de 1997 (fol. 41), se señala que las versiones orales del alumno Burgos Parra y de su madre ante ese órgano "no se ajustan a la verdad" y son contradictorias. De haberse tenido en cuenta el anotado escrito de defensa, es probable que las intervenciones del demandante y su progenitora hubieran cobrado mayor relevancia de la que el Consejo Directivo finalmente les otorgó.

Por último, vale la pena anotar que el artículo 319 del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) exige que "la expulsión del alumno de un centro de educación básica o media, sea público o privado, sólo podrá ser impuesta con fundamento en una causal previamente establecida y *con autorización de la asociación de padres de familia del plantel*". En el expediente, no obra prueba alguna de la cual pueda colegirse que la asociación de padres de familia del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" haya sido informada del procedimiento disciplinario cursado contra Albeiro Burgos Parra y, mucho menos, que esa asociación haya impartido su autorización para proceder a la cancelación de la matrícula del mencionado estudiante. En opinión de esta Sala de Revisión, lo anterior no es una abstención de poca monta, como quiera que las normas del Código del Menor constituyen un desarrollo directo de los derechos fundamentales de los niños, establecidos en el artículo 44 de la Carta Política, que determina la prevalencia de esos derechos sobre los de los demás.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala concederá la tutela del derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29) del menor Albeiro Burgos Parra y, en consecuencia, ordenará al Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" de la ciudad de Manizales que vuelva a surtir el proceso disciplinario en su contra, de conformidad con lo establecido en el manual de convivencia, en el Código del Menor y en los fundamentos jurídicos de la presente sentencia.

Los informes académicos y disciplinarios, el proceso educativo y las sanciones dis-

ciplinarias

9. Resta por determinar si la anotación efectuada en el "Informe Conceptual y Descriptivo" para el tercer período del año académico de 1996 (fol. 53), correspondiente al alumno Albeiro Burgos Parra, según la cual éste "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros", viola sus derechos fundamentales al buen nombre y al habeas data (C.P., artículo 15), tal y como lo entiende el señor Defensor del Pueblo.

10. Según el informe rendido por el rector del Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" ante el fallador de tutela de segunda instancia (fols. 89 a 92), el "Informe Conceptual y Descriptivo" es un documento en el cual se consigna la evaluación definitiva correspondiente a cada asignatura y las justificaciones en que se sustenta dicha evaluación, durante cada uno de los períodos académicos que componen el año escolar. Así mismo, el anotado "Informe Conceptual y Descriptivo" constituye un instrumento por medio del cual el colegio pone en conocimiento del estudiante y de sus padres de familia cuál es el rendimiento académico y el comportamiento de aquel y cómo han evolucionado los mismos con respecto al período anterior. Con base en lo anterior, podría afirmarse que el documento a que se hace referencia es un importante instrumento a disposición del centro educativo para establecer un diálogo con el estudiante y sus padres. Si se observa el manual de convivencia del colegio demandado, puede establecerse que el contacto entre éste y los padres de familia sólo se produce al final de cada período académico al momento de la entrega del "Informe Conceptual y Descriptivo", salvo que el estudiante incurra en faltas de carácter disciplinario o académico, oportunidad en la cual los padres de familia pueden ser convocados de manera extraordinaria con el fin de ponerlos al corriente de la situación de su hijo.

Si bien, como se anotó, la finalidad primordial del "Informe Conceptual y Descriptivo" consiste en informar a los estudiantes y a sus padres acerca del desempeño académico y disciplinario de aquellos, para la Sala no pasa desapercibido el hecho de que este documento puede tener una serie de usos o efectos secundarios que trascienden su finalidad primigenia. Dentro de ese espectro de usos de segundo grado, no resulta irrazonable incluir el de servir de fuente de información de otro plantel educativo al cual pretenda ingresar el estudiante al que se le ha negado la renovación de la matrícula. Dado que se trata de un documento suscrito por profesionales en materia de educación, las anotaciones que éstos consignan ostentan un grado de confiabilidad y autoridad que permitiría convertirlas en un elemento de juicio importante.

Al respecto, esta Corporación ha indicado que, en principio, la remisión de informes de un establecimiento educativo a otro, en los cuales se consignen el desempeño y problemas específicos de un estudiante, no viola los derechos fundamentales a la intimidad y al buen nombre de este último. Sobre este particular la Corte ha sostenido:

> "Los informes académicos (fichas), constituyen una herramienta útil y necesaria para los diferentes actores involucrados en el proceso educativo, muchísimo más para los colegios cuando se trata de recibir alumnos que provienen de otros establecimientos; su contenido, no obstante se refiera a la problemática específica que pueda presentar un determinado estudiante, siempre que se ciña a la verdad y circu-

le únicamente entre instancias académicas que son sus naturales destinatarias, constituirá un insumo necesario para conocer y apreciar las características que identifican a cada individuo, de manera tal que sus nuevos profesores puedan orientar su propio e individual proceso formativo; por ello no comparte la Sala el criterio del actor, quien sostiene que por hacer referencia a sus problemas de drogadicción, los informes remitidos por el demandado vulneran su derecho a la intimidad y al buen nombre, pues como lo ha señalado esta Corporación, en este caso específico a su contenido penetra una instancia para la cual resulta "estrictamente necesario" (ST-261/95 MP. José Gregorio Hernández Galindo) conocer los antecedentes académicos y disciplinarios del estudiante, con miras al cumplimiento del "propósito inherente a su actividad" educativa.

Lo que no se puede admitir es que esos informes puedan constituirse en un instrumento de selección, que le permita a los planteles "descartar" aquellos estudiantes que presenten problemas, pues ello implicaría, como en el caso que se analiza, discriminarlos y excluirlos definitivamente del sistema educativo, lo cual transgrede principios fundamentales del Estado Social de Derecho"[3].

11. El juicio del juez constitucional en relación con las observaciones y comentarios que se registran en la libreta personal del estudiante, debe inscribirse dentro de los propósitos que el artículo 67 de la Carta Política otorga a la educación, es decir, la formación de los colombianos "en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente".

El cumplimiento de estos objetivos, dota a los establecimientos educativos de un grado considerable de discrecionalidad en punto a la escogencia de los instrumentos utilizados con miras a hacer efectivos los fines de la educación. Los comentarios transcritos por el personal docente en las libretas o boletines de calificaciones de los estudiantes son, como se vio, un instrumento de diálogo entre el colegio, los estudiantes y los padres de éstos, razón por la cual deben ser considerados como una herramienta al servicio de los fines e intereses de la educación. Por este motivo, la posibilidad de efectuar este tipo de comentarios está amparada por el grado de discrecionalidad y flexibilidad antes anotado. En particular, la Sala estima que, mediante esta clase de anotaciones, los docentes pueden determinar procesos de cambio y de modificación del comportamiento de los alumnos, estimulándolos a perseverar en sus esfuerzos y logros y señalándoles las falencias y fallas que deben ser corregidas a fin de alcanzar los objetivos que persigue el proceso educativo.

La Sala considera que el juez constitucional no puede atentar contra la flexibilidad y autonomía en que deben sustentarse los instrumentos necesarios para el cumplimiento de los fines constitucionales de la educación. Por esta razón, no es posible exigir que todas y cada una de las afirmaciones o comentarios que los docentes consignan en los boletines de

3 ST-407/96 MP. Dr.. Fabio Morón Díaz.

notas de los alumnos sean el resultado de un proceso exhaustivo dirigido a establecer que lo escrito corresponde exactamente a lo ocurrido en la realidad. Por lo general, este tipo de comentarios responden a intenciones claramente pedagógicas de los maestros quienes, a través de los mismos, buscan orientar el comportamiento académico y disciplinario de los estudiantes en un sentido específico. Es así como, por ejemplo, los logros pueden ser minimizados, con el fin de evitar que un cierto alumno se "duerma sobre sus laureles", así como las fallas pueden ser magnificadas y presentadas de manera mucho más dramática para determinar un cambio positivo en un alumno que presenta problemas de bajo rendimiento académico o de indisciplina.

Sin embargo, está claro que la utilización de los instrumentos pedagógicos a disposición de los docentes y autoridades escolares se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de los estudiantes. Ciertamente, sería inadmisible desde la perspectiva constitucional y, por tanto, pasible de ser atacado por vía de la acción de tutela, aquel comentario o anotación, plasmado en la libreta o boletín de calificaciones, que amenace o vulnere los anotados derechos.

12. Conforme a lo expuesto, la intensidad del juicio que el juez constitucional puede efectuar sobre los comentarios o anotaciones que las autoridades escolares consignen en los boletines o libretas de calificaciones de los alumnos depende de dos elementos: (1) de los usos que se den a al boletín o libreta de que se trate; y, (2) del contenido del comentario o anotación bajo estudio.

Según el primero de estos criterios, el juicio de constitucionalidad tiende a aumentar en intensidad si el uso de la libreta o boletín tiene lugar en ámbitos distintos al estrictamente académico o, dicho de otro modo, trasciende su uso habitual que, como se vio, consiste en servir de instrumento de diálogo entre el colegio, el estudiante y los padres de familia. El segundo criterio determina que el examen constitucional sea más estricto si el contenido de los comentarios o anotaciones contenidos en la libreta o boletín trasciende los bienes o valores relacionados con la órbita estrictamente escolar y afecta otros de una mayor relevancia pública, como aquellos tutelados por el derecho penal.

Entre mayor intensidad merezca el juicio constitucional, menor será el grado de libertad de los docentes y de las autoridades para imprimir en la correspondiente libreta las respectivas anotaciones y, por supuesto mayor será la exigencia de la adecuación entre lo anotado y lo efectivamente demostrado.

13. En el caso *sub-examine*, en el "Informe Conceptual y Descriptivo" del alumno Albeiro Burgos Parra, correspondiente al tercer período académico del año escolar de 1996, figura la anotación "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros", la cual sustenta la calificación de insuficiente que las autoridades escolares otorgaron al comportamiento de ese estudiante durante el mencionado período.

De conformidad con el primero de los criterios antes enunciados, nada lleva a pensar, *prima facie*, que al anotado "Informe Conceptual y Descriptivo" vaya a darse un uso distinto a su uso natural, esto es, comunicar a Albeiro Burgos y a su madre el comportamien-

to disciplinario y académico de aquél durante el tercer período académico del año escolar de 1996. Sin embargo, no debe olvidarse que al estudiante Burgos Parra le fue cancelada la matrícula en razón, precisamente, de los comportamientos en los cuales se sustenta la calificación de insuficiente con que fue evaluado su comportamiento durante el año de 1996.

Lo anterior coloca al mencionado alumno en la necesidad de matricularse en un nuevo centro educativo que estará interesado en conocer el récord académico y disciplinario del estudiante y las razones que determinaron la cancelación de la matrícula por parte del dentro educativo demandado, fines a los cuales sirve, en forma inmejorable, la información contenida en el "Informe Conceptual y Descriptivo" sometido al análisis de esta Sala de Revisión.

Ahora bien, es cierto que la Constitución proscribe la discriminación de un estudiante en razón de sus antecedentes disciplinarios o académicos, a la hora de adjudicarle un cupo en un plantel educativo, por cuanto ello implicaría excluirlo definitivamente del sistema educativo comprometiendo los derechos fundamentales involucrados. No obstante, la conducta proscrita puede ocultarse bajo múltiples excusas, lo que torna muy difícil su control. En estos términos, es posible afirmar, como lo hace el Defensor del Pueblo, que de una u otra manera, la continuidad del derecho a la educación del actor podría depender, en última instancia, de los datos contenidos en el mencionado documento. En este caso, si la inscripción que se discute no se ajustara a las exigencias constitucionales de veracidad, imparcialidad y respeto por los derechos fundamentales, constituiría, indirectamente, una sanción desproporcionada que podría implicar su exclusión del sistema educativo.

14. La determinación de los bienes o valores que pueden resultar comprometidos por el contenido de la anotación bajo examen, depende, en buena parte, de la vaguedad o precisión del lenguaje que se haya utilizado para formularla. Es así como, en el presente caso, se torna fundamental determinar qué consecuencias comporta la utilización del término "indelicadeza". A juicio de la Sala, este ejercicio arroja resultados distintos según el contexto desde el cual la anotación sea mirada. Ciertamente, si el análisis se efectúa con base en la integridad de los documentos y declaraciones contenidos en el expediente, no cabe duda alguna de que, al emplear el término "indelicadeza", las autoridades escolares se están refiriendo a una serie de hurtos, cuya comisión, a lo largo del año escolar de 1996, se endilgó a Albeiro Burgos Parra y, en particular, al hurto de las pertenencias del menor Felipe Alberto Bedoya Zuluaga en el mes de mayo de 1996.

Sin embargo, si la anotación atacada es sustraída del contexto documental al que antes se hacía referencia, el término "indelicadeza" adquiere la amplitud propia del elenco de conductas humanas que pueden calificarse como actos de indelicadeza, las cuales pueden ir desde el uso no autorizado de un bien ajeno hasta la conducta que el artículo 349 del Código Penal califica como hurto, es decir, el apoderamiento de "cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro". De esta forma, el espectro de conductas que se comprende bajo el término "indelicadeza" se inscribe dentro de un marco axiológico cuya amplitud abarca tanto bienes y valores que se contraen al ámbito puramente escolar, como bienes y valores de tanta relevancia pública que ameritan ser protegidos a través de los instrumentos que se derivan del poder punitivo del Estado y cuya violación acarrea san-

ciones que pueden incluso comportar la pérdida de la libertad personal.

La Corte no ignora que la utilización de este tipo de términos que sugieren una multiplicidad de conductas de distintos tipos de gravedad, puede tener una clara intención eufemística, es decir, tratar de calificar una serie de hechos a través de una palabra menos dura que aquella que en realidad debería utilizarse. Lo anterior puede tener fundamento en propósitos claramente pedagógicos que conciben al estudiante como un ser humano en formación, cuyas conductas actuales pueden ser modificadas a través de mecanismos más pedagógicos que sancionatorios. Sin embargo, el uso de eufemismos no puede convertirse en un instrumento por vía del cual el alumno resulta responsabilizado de conductas que no tienen asidero en hechos reales. Por esta razón, las autoridades educativas deben ser plenamente conscientes del espectro de conductas que pueden resultar sugeridas por el uso de un determinado término o expresión y de las consecuencias que de éste pueden desprenderse para el alumno.

En este orden de ideas, la Sala estima que, cuando las autoridades escolares utilizan una expresión eufemística para designar una conducta que sea en estricto sentido un delito y éste puede resultar sugerido en razón de la amplitud y vaguedad del término utilizado, aquellas no resultan eximidas del deber de contar con un acervo probatorio suficiente sobre el cual fundamentar el comentario o anotación en cuestión del cual se derive, por lo menos, un indicio grave de responsabilidad del estudiante en la comisión de la falta que se le atribuye.

15. Si bien el carácter pedagógico - que no penal - de las sanciones escolares, autoriza a los colegios a investigar las conductas con un mayor grado de discrecionalidad, utilizando un proceso que no debe sujetarse a la rigidez propia de los procesos penales, ello tampoco es una patente de corso para imponer sanciones arbitrarias que amenacen o vulneren los derechos fundamentales de los estudiantes. El deber de hacer uso de garantías que aseguren los derechos de los estudiantes se torna aún más estricto si las conductas que el centro educativo investiga constituyen infracciones penales que, eventualmente, podrían dar lugar a la aplicación del tratamiento especial previsto en el Código del Menor por parte de autoridades públicas ajenas al centro educativo. En este tipo de casos, es previsible que el peligro de amenaza o afectación de los derechos fundamentales de los alumnos sea mucho mayor que si se tratase de conductas que comprometiesen meramente valores y bienes circunscritos al ámbito estrictamente escolar.

16. En el caso *sub-lite*, como se vio, el Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" utilizó el término "indelicadeza" para referirse a una serie de hurtos cuya comisión se adscribió a Albeiro Burgos Parra. De igual modo, se analizó como, en el presente caso, el uso del "Informe Conceptual y Descriptivo" trasciende su finalidad primigenia como instrumento de comunicación entre el colegio, el alumno y sus padres, para servir como elemento evaluativo del comportamiento académico y disciplinario del Burgos Parra ante otros establecimientos educativos a los cuales éste recurra en razón de haberle sido cancelada la matrícula en la institución demandada.

Por estos motivos, la Sala considera que debe efectuar un juicio estricto de constitucionalidad sobre el comentario contenido en el "Informe Conceptual y Descriptivo" del estu-

diante Albeiro Burgos Parra, que determina la exigencia de que la conducta atribuida al actor se encuentre fundamentada, por lo menos, en un indicio grave de responsabilidad.

17. La acusación principal contra Albeiro Burgos Parra consiste en hacerlo responsable del hurto de las pertenencias del alumno Felipe Alberto Bedoya Zuluaga en mayo de 1996. El colegio demandado basó la responsabilidad del actor en el mencionado hurto en el testimonio del profesor Federico Ramos López quien aseguró haber visto a Burgos Parra en "actitud sospechosa" el día del robo (v. *supra*). Sin embargo, el docente antes anotado, en su declaración ante el juzgado de tutela de primera instancia, aclaró que "*no presenci[ó] el momento del robo*, sino cuando los tres salían de la cancha corriendo, y *[le] pareció* una actitud sospechosa" (fol. 34). Por su parte, Nestor Marulanda Rodríguez, Jefe de Unidad Docente quien tuvo a su cargo la investigación por el robo de los haberes del estudiante Bedoya Zuluaga, afirmó que, luego de haber recibido la denuncia por la pérdida de los objetos personales del alumno Bedoya Zuluaga, citó a la madre de Burgos Parra "para solicitarle que en vista de que *todos los indicios conducían a señalar a Albeiro como responsable* de la pérdida de los objetos del estudiante Felipe Alberto se pusiera de acuerdo con el padre de familia de éste para su reposición" (fol. 36). Preguntado por el *a-quo* acerca de cuáles habían sido las investigaciones llevadas a cabo para derivar la responsabilidad de Albeiro Burgos Parra en el hurto de marras, Marulanda Rodríguez respondió que "en primer lugar se le comunicó al estudiante los indicios que había en su contra, se escuchó al menor Felipe Alberto, a su padre de familia y al profesor Federico Ramos, quien fue testigo ocasional de la situación denunciada, *no se adelantó ningún otro proceso porque se carecía de otros medios de prueba* y porque pedagógicamente se pensó que el conflicto había terminado con el acuerdo entre Albeiro Burgos y el padre de familia del afectado" (fol. 37). Por su parte, la docente Leonora Giraldo de Silva, coordinadora del curso al que pertenecía Albeiro Burgos Parra, declaró ante el juzgado de tutela de primera instancia que a éste no le había sido renovada la matrícula para el año de 1997 porque, entre otras razones, en el colegio "hubo un hurto de elementos escolares a un estudiante y él fue sindicado de que había sido él, (...), *a él no se le pudo comprobar nada*, pero los compañeros lo sindicaban a él constantemente del hurto" (fol. 55). Así mismo, en el "Extracto de Reunión de 'Comité de Estudio de Caso' de grado 8°-1996" (fol. 50) puede leerse que la decisión de no renovar la matrícula del alumno Burgos Parra para el año de 1997 se tomó, entre otros motivos, "por ser *presuntamente responsable* de hurto de elementos escolares pertenecientes a Felipe Alberto Bedoya Zuluaga".

Por otra parte, las autoridades escolares consideraron que Albeiro Burgos Parra aceptó su responsabilidad en el robo de las pertenencias de Felipe Alberto Bedoya Zuluaga cuando convino cancelar el valor de las mismas (fol. 92). Sin embargo, cabe resaltar que el actor, en su declaración ante el juzgador de primera instancia, señaló que debió efectuar ese pago porque el Jefe de Unidad Docente le había comunicado a su madre "que *si yo no pagaba el maletín me hacía echar del colegio*" (fol. 3). Así mismo, puso de presente que había accedido a pagar el valor de los bienes hurtados en razón de la presión de su madre, quien le dijo que "*era mejor pagarlo para evitar problemas*" (fol. 3). Lo anterior resulta corroborado por la versión oral rendida ante el *a-quo* por la madre de Burgos Parra, quien afirmó que "a la semana siguiente don Nestor volvió y me llamó y me dijo *que si Albeiro no pagaba el maletín entonces sería despedido del colegio* y que si no cancelaba el maletín no le entregaban

papelería para entrar a otra institución" (fol. 27). De igual modo señaló que "hablé con Albeiro sobre eso, y él me dijo que no cancelaba el maletín porque no lo había robado, (...), y yo le dije que para *evitar problemas era mejor que canceláramos el valor del maletín* y lo que había dentro del mismo" (fol. 27).

18. La responsabilidad de Albeiro Burgos Parra en la comisión del hurto de las pertenencias del alumno Felipe Alberto Bedoya Zuluaga fue deducida (1) con base en una confesión inexistente y, (2) en unos indicios que carecen de la fuerza probatoria necesaria para deducir siquiera un principio de responsabilidad. Ciertamente, no es posible hablar de una confesión cuando a todo lo largo del proceso de tutela Albeiro Burgos ha negado su responsabilidad en la comisión del robo que se le imputa, negativa que ha sido confirmada por su madre y, de otro lado, ha justificado el pago del maletín - el cual configura, según el colegio demandado, la confesión del alumno - con base en las advertencias del Jefe de Unidad Docente de que sería expulsado si no efectuaba el mencionado pago. Así mismo, las afirmaciones de las autoridades escolares sobre este punto son contradictorias, como quiera que, por un lado, deducen una confesión de Albeiro Burgos del pago efectuado por éste, y, por otra parte, aseguran que a éste "no se le pudo comprobar nada" y que su responsabilidad en el hurto fue deducida con base en "presunciones" e "indicios".

De igual forma, las presunciones e indicios con los cuales el centro educativo demandado asegura contar surgieron de un procedimiento que, según la propia versión del funcionario escolar encargado de llevar a cabo la investigación, se redujo a oír la versión del profesor Federico Ramos López, del estudiante Felipe Alberto Bedoya Zuluaga y del padre de éste. La Sala opina que lo anterior, de ningún modo, configura alguna clase de indicio o presunción en contra de Albeiro Burgos Parra, toda vez que la propia denuncia del profesor Ramos López, la cual constituye la prueba principal en que se fundan las acusaciones, está basada en una mera "actitud sospechosa".

Todo lo anterior determinaba - opina la Sala - que, en el presente caso, existiese, por lo menos, una duda razonable de la responsabilidad del actor en la comisión del hurto que operó como causal para no renovarle la matrícula. Frente a una duda como la señalada, las autoridades escolares estaban en la obligación de dar aplicación al principio *in dubio pro reo*, contenido en el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso (C.P., artículo 29). De esta forma, el comentario consignado en el "Informe Conceptual y Descriptivo" de Albeiro Burgos Parra, correspondiente al tercer período académico del año de 1996, según el cual aquel "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros" y que, como se vio, pese a tener un carácter eufemístico, puede ser interpretado en el sentido de adscribir a Burgos Parra una responsabilidad delictuosa, carece de fundamento probatorio suficiente, razón por la cual vulnera su derecho al buen nombre.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de marzo 12 de 1997, proferida por el Juzgado 6° Penal del Circuito de Manizales y, en su lugar, CONCEDER a Albeiro Burgos Parra la tutela de sus derechos al debido proceso y al buen nombre. Por consiguiente, se ORDENA al Instituto INEM "Baldomero Sanín Cano" de la ciudad de Manizales que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, surta nuevamente el procedimiento disciplinario en contra del actor de conformidad a los criterios postulados señalados en esta providencia y elimine la frase "es reincidente en su indelicadeza con las pertenencias de sus compañeros" del "Informe Conceptual y Descriptivo" correspondiente al tercer período académico del año de 1996.

Segundo.- LIBRESE comunicación al Juzgado 3° Penal Municipal de Manizales, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado Ponente

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-460
septiembre 24 de 1997

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Improcedencia de tutela

Este medio de garantía judicial que incorpora al ordenamiento jurídico la ley 294, protege en forma directa, específica, idónea y eficaz los derechos fundamentales de los integrantes del núcleo familiar que pueden verse vulnerados con ocasión de la violencia intrafamiliar. En estas circunstancias, es obvio que dicho instrumento desplaza la acción de tutela que es un mecanismo meramente residual o subsidiario, al cual sólo es posible acudir ante la inexistencia de un medio alternativo de defensa judicial.La tutela, resulta extraña para la protección de los derechos de las víctimas de la violencia intrafamiliar, porque dicha protección está dotada jurídicamente de una acción específica y especial que desplaza, en principio, cualquier otro mecanismo que pudiera invocarse.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Medida de protección

Referencia: Expediente T-131633

Peticionario: Olympia El Akdy Al Halak

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonel, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Diaz, revisa el proceso de la acción de tutela instaurado por Olympia El Akdy Al Halak contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, con fundamento en las atribuciones que le han sido otorgadas por los artículos 86 inciso 2 y 241-9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Los hechos.

La demandante fundamenta su petición de tutela en los siguientes hechos:

1.1 El 23 de septiembre de 1996 presentó a través de apoderado, con fundamento en la Ley 294 de 1996, medida de protección por violencia intrafamiliar ante el Juzgado Promiscuo de Familia de San Andrés Isla, contra el señor Ghassam Ousma El Okde en su calidad de ex-compañero permanente.

1.2 El 24 de septiembre de 1996, el Juzgado admitió la demanda de protección provisional y le dio el trámite correspondiente hasta culminar con la sentencia del 20 de noviembre siguiente, en la que se acogieron las pretensiones de la solicitante, se adoptaron las medidas solicitadas para restablecer la paz familiar, y se dispuso, además, compulsar copia de la denuncia formulada por la agredida para la Unidad de Fiscalías.

1.3 La decisión anterior fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. El Tribunal dispuso enviar copia del expediente al inferior para que le diera cumplimiento inmediato a las medidas de protección que había adoptado, y que equivocadamente el juez no llevó a cabo al conceder la apelación en el efecto suspensivo, cuando el fallo es de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de su impugnación, como lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, aplicable por remisión del artículo 18 de la Ley 294 de 1996.

1.4 El 21 de enero de 1997 el Tribunal resolvió la apelación y revocó la sentencia del a-quo, aunque mantuvo la orden de compulsar copias a la Unidad de Fiscalías para adelantar la correspondiente investigación penal contra el agresor. La determinación tuvo en cuenta el hecho de que "irremediablemente se ha operado en este caso, la caducidad de los hechos censurados pues, a más tardar debieron invocarse el día veinte (20) de ese mes para ubicarse dentro del término consagrado en el 2. Inciso del artículo 9 ya transcrito".

2. Las pretensiones.

La demandante impetra la tutela de sus derechos fundamentales y de sus menores hijos a la vida, a la integridad física, al debido proceso, y a la unidad y armonía familiar, vulnerados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al haber incurrido en una vía de hecho con motivo de la expedición de la providencia del 21 de enero de 1997, en virtud de la cual revocó la sentencia del Juzgado Promiscuo de Familia el 20 de noviembre de 1996, que acogió las medidas de protección solicitadas con fundamento en las disposiciones de la ley 294 de 1996.

II. ACTUACION PROCESAL.

1. Primera instancia.

El Tribunal Administrativo de San Andrés, en sentencia del 28 de febrero de 1997, negó la tutela impetrada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"Los recursos garantizan el derecho fundamental al debido proceso y en un Estado de Derecho todas las personas están sometidas al ordenamiento jurídico, de manera que, cuando se desata por un Juez o funcionario un conflicto jurídico recurrido, no le queda a las partes otro camino que aceptar la decisión del árbitro de la administración de justicia. Perdería consistencia y solidez el ordenamiento, si los fallos judiciales estuvieran expuestos al vaiven de acciones transitorias que contra ellos se pudieran interponer"

"En el caso que nos ocupa, se plantea la situación de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se encuentra incurso en una "vía de hecho" al revocar la sentencia proferida por el Juez Promiscuo de Familia de San Andrés, Isla...".

(...)

"Pero la inobservancia de la temporalidad también puede malobrar las aspiraciones del peticionario porque no tiene por objeto esta ley amparar o regular situaciones del pasado, solamente aquellas que se ponen en conocimiento del Juez dentro del término de ocho días posteriores a la comisión de los hechos violentos, cuando se actúa por fuera de éstos límites necesariamente hay que admitir que ha caducado el derecho a invocar esos hechos para lograr los efectos que la ley consagra; así lo dispone el segundo inciso del artículo noveno que dice "La petición de una medida de protección podrá formularse por escrito, en forma oral o por cualquier medio idóneo para poner en conocimiento del juez los hechos de violencia intrafamiliar y deberá presentarse a más tardar dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a su acaecimiento".

"Interesa de lo transcrito la referencia hecha a la fecha que necesitaba precisarse porque ya establecida y ante la evidencia de haberse presentado la demanda o petición, según constancia de la secretaría del Juzgado plasmada en ella el 23 de septiembre de 1996, se concluye que irremediablemente se ha operado en este caso, la caducidad de los hechos censurados pues, a más tardar debieron invocarse el día veinte (20) de ese mes para ubicarse dentro del término consagrado en el segundo inciso del artículo noveno ya transcrito".

"Efectivamente la Ley 294 de 1996, establece en el título 3°, el procedimiento que se debe seguir cuando se presente el caso de alguna de las diferentes modalidades de la violencia en la familia, y el artículo 9°. inciso 2 Ibídem, perentoriamente estableció el término de 8 días hábiles para formular la medida de protección".

"Pues bien, el Tribunal le dio riguroso cumplimiento a la norma y revocó el fallo del a quo en atención a que violó la norma anterior, pues habiendo ocurrido los hechos el día 10 de septiembre de 1996, la petición de la medida de protección ha debido formularse dentro de los 8 días hábiles siguientes, es decir, a más tardar el 20 de septiembre, sin embargo la demanda fue presentada el 23 del mismo mes y año".

"Es que la finalidad de la Ley 294 de 1996, es procurar una vía expedita y rápida que permita una solución inmediata al conflicto familiar con el fin de evitar que la prolongación en el tiempo lo agrave con las consiguientes secuelas para el núcleo familiar".

"Se trata, pues, como lo enuncia la norma de "prevenir, remediar y sancionar" la violencia intrafamiliar para asegurar a la familia, "su armonía y unidad". Otros son los medios jurídicos que pueden utilizar quienes conforman la familia cuando los hechos que la perturban no se denuncian inmediatamente, a mas tardar dentro de los 8 días siguientes, como quiera que con ello se podría dar a entender que la solución intrafamiliar no está en emergencia y que resiste acudir a la vía ordinaria para solucionarlo".

"Esta fue la razón que animó al Tribunal al revocar el fallo del Juzgado Promiscuo de Familia".

"Corresponde a la Sala decidir, por esta acción de tutela incoada, si el Tribunal incurrió en vía de hecho al actuar como lo hizo".

"El primer aspecto que debemos tener en cuenta es que el Juez de tutela que analiza una acción judicial cuestionada, no puede entrar al texto mismo de la controversia, sino al acto específico que se acusa de violatorio del Derecho Fundamental, por manera que este Tribunal no puede conocer de los aspectos discutidos dentro del proceso cuya revocatoria produjo el Tribunal Superior".

"No encuentra, pues, la Sala que el Tribunal Superior haya incurrido en violación flagrante y grosera del debido proceso o de algún otro derecho fundamental de la ley procesal, sino que se ajustó a los parámetros marcados por la Ley 294 de 1996, por lo cual habrá de despachar negativamente las peticiones del accionante".

2. Segunda instancia.

El Consejo de Estado -Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo-, al resolver la impugnación propuesta, decidió, en sentencia del 17 de abril de 1997, confirmar la providencia recurrida.

En primer lugar, el Consejo se refirió a la no viabilidad de la tutela contra las decisiones judiciales y advirtió:

"En reiteradas oportunidades ha manifestado la Sala que la tutela no procede contra decisiones judiciales, y que a la accionante corresponde el ejercicio de los recursos que la ley concede, ante la jurisdicción del conocimiento y en su oportunidad legal. El Juez de tutela no está llamado a intervenir en procesos que no son de su conocimiento y aún menos cuando corresponden a otra jurisdicción".

No obstante, analizó la cuestión de fondo y teniendo en cuenta el material probatorio incorporado al proceso concluyó:

"De la lectura del expediente no se evidencia que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina haya incurrido en una vía de hecho, pues para esto es necesario que la equivocación por parte del juez competente sea tan evidente que por ésta razón se vulneren los derechos fundamentales de las persona".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. El problema jurídico que se plantea.

Se trata de determinar si el Tribunal Superior del Ditrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, incurrió en una vía de hecho y consecuentemente violó el debido proceso, al adoptar la decisión de que dan cuenta los antecedentes antes relatados.

2. La solución del problema planteado.

2.1 El inciso 5o. del art. 42 de la Constitución expresa:

"Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructivo de su armonía y unidad, y será sancionado conforme a la ley".

Se infiere de la norma transcrita que el Constituyente habilitó expresamente al legislador para establecer medidas punitivas, destinados a evitar la violencia intrafamiliar, con miras a conservar la armonía de las relaciones entre sus integrantes y la unidad del núcleo familiar, aunque naturalmente no excluyó la posibilidad de que se pudieran establecer diferentes mecanismos, no necesariamente punitivos, para lograr la anotada finalidad.

En tales circunstancias, la ley 294 de 1996 es un desarrollo fiel del mandato constitucional, pues en ella se consagran una serie de instrumentos normativos que el legislador estimó adecuados para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Asi lo consideró esta Corte al expresar, que:

"con la expedición de la ley 294 se crea una acción específica y directa encaminada a la protección exclusiva de quienes son víctimas del maltrato dentro de su propio hogar, cuyo trámite es mucho más sumario que el de la tutela y, por ende, la protección que brinda a los derechos del ofendido es más inmediata y eficaz"[1].

2.2. A juicio de la Sala, la protección que otorga la ley 294 a los miembros de la familia, es mucho más comprensiva, inmediata y, por lo mismo, más eficaz que la acción de tutela. En efecto, con fundamento en sus disposiciones es posible adoptar medidas preventivas dentro de un término de cuatro horas, de manera que de inmediato se pone coto a los maltratos o actos de violencia familiar o se impide la ejecución de cualquier tipo de amenaza (art.11). Y, además, existe un repertorio de medidas de protección verdaderamente amplio y severo, que van desde ordenar al agresor el desalojo del lugar de habitación, pagar los

1. Sentencia T-372/96, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

daños ocasionados con su conducta, destacar agentes de la policía para proteger a la víctima de nuevas agresiones, hasta obligar al agresor, a su costa, a someterse a un tratamiento reeducativo y terapéutico (arts. 5 y 6), todo ello, sin perjuicio de las acciones penales que puedan desprenderse o sobrevenir con motivo de la conducta del infractor.

Resulta evidente, por lo tanto, que este medio de garantía judicial que incorpora al ordenamiento jurídico la ley 294, protege en forma directa, específica, idónea y eficaz los derechos fundamentales de los integrantes del núcleo familiar que pueden verse vulnerados con ocasión de la violencia intrafamiliar. En estas circunstancias, es obvio que dicho instrumento desplaza la acción de tutela que es un mecanismo meramente residual o subsidiario, al cual sólo es posible acudir ante la inexistencia de un medio alternativo de defensa judicial. Corrobora lo dicho lo que expresó la Corte en la sentencia T-373/96, en estos términos:

"Bajo estas circunstancias, la acción judicial creada para la protección de la armonía familiar, desplaza la tutela y la hace improcedente, como se declara en la parte resolutiva de esta providencia. En nada contraría esta decisión la doctrina de la Corporación, pues cuando en anteriores oportunidades la Corte amparó a los peticionarios que se encontraban bajo idénticas circunstancias a las acreditadas por la señor (...), aún no se había expedido la ley que ampara, específicamente, a las víctimas de maltrato familiar".

En este mismo sentido se pronunció posteriormente la Corte en la sentencia T- 420/96, así:

"La acción de tutela motivada en situaciones de violencia intrafamiliar no será en lo sucesivo procedente. Ello por cuanto la nueva ley 294, consagra claros medios de defensa judicial, cuyo objeto consiste específicamente en la protección inmediata, mediante trámites sumarios y expeditos, de los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados en tales situaciones. De esta manera, la acción de tutela, eminentemente residual y subsidiaria, pierde su razón de ser y en consecuencia no debe ser admitida en esos casos".

2.3 En el caso de autos surgen dos consideraciones de fondo que mueven a la Corte a mantener las decisiones de instancia.

La tutela, como se ha dicho, resulta extraña para la protección de los derechos de las víctimas de la violencia intrafamiliar, porque dicha protección está dotada jurídicamente de una acción específica y especial que desplaza, en principio, cualquier otro mecanismo que pudiera invocarse.

Y si bien, eventualmente, pudiera acudirse a la tutela en el supuesto probado de que un fallo, en el cual se configure una vía de hecho, se niegue arbitrariamente la protección demandada, en el presente caso no encuentra la Sala que el Tribunal hubiera incurrido en violación del debido proceso por la anotada causa. Antes por el contrario, lo que se observa de la actuación procesal es que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al emitir su proveído, en el sentido de estimar caducada la

acción, se ajustó estricta y fielmente a la normatividad contenida en la ley 294 de 1996.

No habiendo ocurrido la alegada vía de hecho en la decisión cuestionada, la Sala procederá a confirmar las decisiones de instancia.

No obstante lo anterior, la Sala no desconoce la situación de desamparo y de peligro en que se encuentra la demandante y su familia, ante la posibilidad de que su excompañero permanente Ghassam Ousma El Okde, vuelva a ejecutar nuevos actos de violencia contra ella y los demás integrantes del núcleo familiar. En tal virtud, ordenará oficiar al señor Comandante de la Policía del Departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina, para que por el tiempo que considere prudencial se vigile al citado, a efecto de que no vuelva a incurrir en los hechos que dieron a que la demandante impetrara la aludida medida de protección, con fundamento en la ley 294 de 1996.

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. CONFIRMAR las sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y del Consejo de Estado, que negaron la acción de tutela instaurada por la peticionaria.

Segundo. ORDENAR oficiar, incluyéndole copia de la presente sentencia, al señor Comandante de la Policía del Departamento de San Andrés Providencia y Santa Catalina, para que por el tiempo que considere prudencial se vigile al señor Ghassam Ousma El Okde, con el fin de impedir que vuelvan a ocurrir los hechos que dieron a que la demandante impetrara la aludida medida de protección, con fundamento en la ley 294 de 1996.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA T-460
septiembre 24 de 1997

VIA DE HECHO EN PROCESO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-
Amenaza de nuevas agresiones

*La Ley 294/96 no sólo consagra la competencia judicial para adoptar medidas de protección frente a agresiones cumplidas, sino también para proteger a las personas de una amenaza grave, a fin de evitar "que ésta se realice cuando fuere inminente.El Tribunal no consideró la amenaza de nuevas agresiones, así fuera para descartarla en la parte motiva.Con tal decisión, el Tribunal sacrificó la prevalencia del derecho substancial, omitió ejercer la competencia preventiva y, por tanto, incurrió en una vía de hecho con la que vulneró el derecho de acceso de la actora a la administración de justicia, que es fundamental, a la vez que omitió proteger los derechos de igual categoría de ella y sus hijos, ciertamente amenazados. La tutela procede, puesto que: a) la amenaza permanece actual mientras existan motivos para pensar que es probable su realización, y b) ya que la actora acudió al mecanismo de la Ley 294/96 sin lograr protección para ella y sus hijos menores, la razón de improcedencia acuñada por la doctrina constitucional, desapareció para este caso. Si la mayoría "**no desconoce la situación de desamparo y de peligro en que se encuentra la demandante y su familia, ante la posibilidad de que su excompañero permanente vuelva a ejecutar nuevos actos de violencia contra ella y los demás integrantes del núcleo familiar**" (fallo de revisión, subraya fuera de texto) y, además, ese reconocimiento de la existencia de una amenaza grave amerita ordenar al Comandante de la Policía vigilar al agresor, no hay razón para que la tutela se haya negado.*

Referencia: Expediente No. T-131633

Acción de tutela instaurada por Olimpia El Akdy Al Halak contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por la presunta violación de sus derechos fundamentales y los de sus hijos menores a la vida, a la integridad física, al debido proceso, y a la unidad y la armonía familiares.

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Con el respeto debido, el suscrito se permite consignar las razones que lo llevaron a discrepar de la mayoría de la Sala, a propósito de la decisión adoptada en la revisión del proceso de la referencia.

La actora solicitó al Juzgado Promiscuo de Familia que adoptara medidas de protección para ella y sus hijos menores, ante las agresiones de su ex-compañero Ghassam Ousma El Okde; ese Despacho otorgó tal protección, y el Tribunal demandado las revocó, en una actuación que la actora juzgó constitutiva de una vía de hecho en el proceso de tutela.

Si la demandante se hubiera limitado a solicitar protección en contra de una sola agresión, frente a un daño ya consumado, la decisión de la mayoría sería plausible; pero la actora acudió ante el Juez Promiscuo de Familia "con el fin de conjurar las continuas agresiones físicas y morales, amenazas, maltratos y ofensas producidas por el señor Ghassam Ousma..."(folio 5), y la Ley 294/96 no sólo consagra la competencia judicial para adoptar medidas de protección frente a agresiones cumplidas, sino también para proteger a las personas de una amenaza grave, a fin de evitar "que ésta se realice cuando fuere inminente"[1]. Ante esa petición, la competencia preventiva del juez para atenderla, y los hechos acreditados en el expediente, el Tribunal debió considerar si la amenaza revestía gravedad y ameritaba ordenar las medidas solicitadas; pero esa no es la realidad procesal: el Tribunal se limitó a señalar que la demandante acudió a los estrados judiciales después de transcurridos ocho (8) días hábiles desde la última agresión y, sólo por eso, resolvió que era improcedente amparar sus derechos; no consideró la amenaza de nuevas agresiones, así fuera para descartarla en la parte motiva (ver folios 27 a 34). Con tal decisión, el Tribunal demandado sacrificó la prevalencia del derecho substancial (C.P. art. 228), omitió ejercer la competencia preventiva y, por tanto, incurrió en una vía de hecho con la que vulneró el derecho de acceso de la actora a la administración de justicia (C.P. art. 229), que es fundamental, a la vez que omitió proteger los derechos de igual categoría de ella y sus hijos, ciertamente amenazados.

A los fallos de instancia proferidos en el trámite de la acción de tutela, y a la decisión de la mayoría de la Sala de Revisión, cabe hacerles idénticos reparos; la tutela procede, puesto que: a) la amenaza permanece actual mientras existan motivos para pensar que es probable su realización, y b) ya que la actora acudió al mecanismo de la Ley 294/96 sin lograr protección para ella y sus hijos menores, la razón de improcedencia acuñada por la doctrina constitucional, desapareció para este caso. Si la mayoría **"no desconoce la situación de desamparo y de peligro en que se encuentra la demandante y su familia, ante la posibilidad de que su excompañero permanente Ghassam Ousma El Okde, vuelva a ejecutar nuevos actos de violencia contra ella y los demás integrantes del núcleo familiar"** (fallo de revisión, subraya fuera de texto) y, además, ese reconocimiento de la existencia de una amenaza grave amerita ordenar al Comandante de la Policía del Archipiélago vigilar al agresor, no hay razón para que la tutela se haya negado.

Fecha *ut supra.*

CARLOS GAVIRIA DÍAZ, Magistrado

1 "Artículo 4°. Toda persona que en el contexto de una familia sea víctima de daño físico o síquico, **amenaza**, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, pedir al juez de familia o promiscuo de familia; promiscuo municipal o civil municipal, si faltare el de familia, **una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente**"(Diario Oficial No. 42.836, pág. 3; subraya fuera del texto).

SENTENCIA No. T-461
septiembre 24 de 1997

VIA DE HECHO-No se esctructura por simple disparidad de criterios sobre normas

La vía de hecho no se estructura cuando lo que existe es una simple disparidad de criterios sobre la aplicación o interpretación de las normas jurídicas aplicables a un caso concreto. Bien puede el juez que conoce de la tutela discrepar acerca de los fundamentos jurídicos de la decisión judicial que se somete a su examen, sin que por ello se incurra en una vía de hecho, pues basta que los argumentos que la sustentan sean serios, objetivos y razonables y revelen, por consiguiente, el recto ejercicio de la función jurisdiccional y no la arbitrariedad o el capricho del juzgador en la adopción de la decisión.

VIA DE HECHO- Inexistencia por no alteración contenido de sentencia

Referencia: Expediente T-133260

Peticionario: Tulia Jiménez de Cadena

Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C. septiembre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz y Carlos Gaviria Díaz, lleva a cabo la revisión del proceso de tutela instaurado por Tulia Jiménez de Cadena contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil-Familia.

La Sala es competente para efectuar dicha revisión en virtud de las facultades que le han sido conferidas por los artículos 86 y 241-9 de la Constitución, en armonía con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Los hechos.

La actora, por medio de apoderado, instauró acción de tutela contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil-Familia-, por considerar que al proferir esta Corporación el auto de fecha 17 de febrero de 1997, incurrió en una vía de hecho al desconocer el valor de cosa juzgada que protegía a la sentencia de 31 de enero de 1995 del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, la cual "prácticamente revocó", pese a que había quedado ejecutoriada en el mes de febrero de 1995.

Los antecedentes de la demanda de tutela se resumen en la siguiente forma:

1.1 Entre la demandante y la sociedad INVERSIONES DEL SUR & CIA. LTDA., se celebró el 26 de agosto de 1989, una promesa de compraventa sobre el apartamento 2B del edificio Valparaiso ubicado en la carrera 5a No. 8-13 de la ciudad de Cartagena, y el garaje No. 12.

El día 27 de julio de 1990 la sociedad "INVERSUR LTDA.", promovió proceso ordinario contra la prometiente compradora Tulia Jiménez de Cadena con el propósito de lograr la resolución del contrato de promesa.

1.2. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, le puso fin al proceso mediante sentencia de 31 de enero de 1995, mediante la cual declaró la resolución de la promesa.

1.3. En relación con las prestaciones mutuas el fallo condenó a la demandada Tulia Jiménez de Cadena a restituir a la sociedad demandante el inmueble objeto del contrato prometido. Del mismo modo dispuso que la sociedad INVERSUR LTDA. debía devolver a la demandada la suma de $25.000.000 que recibió como parte del precio del inmueble prometido en venta, junto con la corrección monetaria y sus intereses legales a la tasa del 6% anual.

1.4. Las restituciones deberían cumplirse por ambas partes en un término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, personalmente o a través de sus representantes judiciales._

1.5. La ejecución del referido fallo se adelantó ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cartagena, el cual dispuso la entrega del inmueble en auto del 24 de agosto de 1995. Contra esta decisión el apoderado de la peticionaria interpuso recurso de reposición, que fue desatado por el mismo Juzgado en auto de 16 de noviembre de dicho año, en el sentido de modificar la orden de entrega del inmueble, condicionando la medida a la restitución del dinero que recibió la sociedad demandante como parte del precio con la corrección monetaria e intereses legales, en la forma como lo ordenó el Juzgado Segundo Civil del Circuito en la sentencia que decretó la resolución de la promesa de compraventa.

1.6. Al conocer de la apelación interpuesta contra la mencionada providencia el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena -Sala Civil-Familia- "... en larguísimo auto (22 folios), prácticamente revoca la Sentencia que ya había hecho tránsito a la cosa juzgada" y resuelve acceder a la entrega por Tulia Jiménez de Cadena de los inmuebles objeto de la

promesa de compraventa resuelta en favor de la sociedad Inversur Ltda.

2. Las pretensiones.

Las concreta el apoderado de la demandante en los siguientes términos:

"Respetuosamente solicito a ustedes, que tutelen el derecho de mi poderdante, manteniendo la sentencia en la forma que se dictó y con las prestaciones a cargo de las partes en la forma que se resolvió. El perjuicio que sufriría mi poderdante sería irreparable con la revocatoria de la sentencia que hizo el Tribunal Superior de Cartagena".

II. ACTUACION PROCESAL.

1. Primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según fallo del 7 de abril de 1997, resolvió negar la tutela impetrada.

El fundamento de su decisión se consigna en las siguientes consideraciones:

- La acción de tutela es un instrumento de protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por obra u omisión de cualquier autoridad pública. La acción de tutela tiene carácter residual y subsidiario, de manera que sólo procede cuando el peticionario carece de otro medio de defensa judicial.

- Considera la demandante que al proferir el Tribunal Superior de Cartagena -Sala Civil- la providencia del 17 de febrero de 1997, le fue violado su derecho al debido proceso, ya que con dicha decisión "prácticamente se revoca la sentencia dictada por el Juez Segundo Civil del Circuito de esta ciudad, la cual quedó ejecutoriada e hizo tránsito a cosa juzgada en el mes de febrero de 1995, incurriendo en una vía de hecho".

- Si bien, excepcionalmente, puede " proceder la acción de tutela contra providencias judiciales, esta posibilidad está condicionada a que la decisión judicial se hubiere proferido mediante una vía de hecho que atente contra los derechos fundamentales de una de las partes dentro del proceso, tratándose de decisiones que contengan un fundamento arbitrario, caprichoso y abusivo y a que no exista otro medio de defensa judicial al alcance del afectado".

- "Analizada toda la actuación surtida en este asunto, para la Sala es claro que en el presente caso no se ha configurado ni acreditado vía de hecho alguna (...) al proferir la providencia cuestionada de 17 de febrero de 1997. No encuentra la Sala, que dicha providencia haya revocado la sentencia de 31 de enero de 1995 proferida por el Juez Segundo Civil del Circuito de Cartagena, ya que lo que hizo la Sala Civil del Tribunal Superior de esta ciudad fue resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante, Inversur

Ltda, contra el auto interlocutorio de 16 de noviembre de 1995 dictado por la Juez Tercero Civil del Circuito de Cartagena dentro del proceso ordinario de mayor cuantía, de resolución de contrato de promesa de compraventa, adelantado por la Sociedad antes mencionada, contra la señora Tulia Jiménez de Cadena, para lo cual estaba facultada de conformidad con la competencia funcional que le otorga la ley, para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación en los procesos que conocen en primera instancia los Jueces Civiles del Circuito".

- "De otra parte es inadmisible que quien resuelva sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en el proceso; no puede tampoco modificar providencias dictadas por el Juez del conocimiento, como pretende la accionante en este caso, porque ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia conforme al artículo 228 de la Constitución Nacional y además porque al cambiar las reglas predeterminadas por la ley, en cuanto a la forma del juicio (art. 29), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso, máxime si se tiene en cuenta que en el caso estudiado la accionante tuvo, dentro del proceso de resolución de contrato de promesa de compraventa, la oportunidad de ejercer todos los recursos y medios de defensa que le otorga la ley..."

2. Impugnación.

El apoderado de la peticionaria impugnó la decisión del Tribunal reiterando los argumentos de la demanda. Insiste en solicitar que se mantenga la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cartagena, pues no es justo ni equitativo que la señora Tulia Jiménez de Cadena tenga que cumplir la prestación que le corresponde conforme al fallo proferido dentro del proceso ordinario de resolución de promesa de contrato, es decir, hacer entrega de los inmuebles recibidos con ocasión de esa promesa, en tanto que la otra obligada por la misma sentencia no lo haga del dinero que recibió como parte del precio de esos bienes.

3. Segunda instancia.

El Consejo de Estado -Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo-, que conoció de la impugnación, mediante sentencia del 24 de abril de 1997, decidió confirmar la providencia de 7 de abril de 1997 del Tribunal Administrativo de Bolívar, que negó por improcedente la acción de tutela.

El Consejo de Estado señaló como criterio de decisión en esta oportunidad, como lo ha hecho en tantas otras, que no es del caso adentrarse en el examen de fondo de la situación planteada por la actora, "por cuanto esta Corporación ha sido reiterativa en sostener que no procede la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales".

Advierte dicha Corporación que dar vía libre a la pretensión de tutela, en el sentido de revocar el auto de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Cartagena, para impedir asi la entrega del inmueble prometido en venta hasta tanto la sociedad "Inversur Ltda"

dé también cumplimiento a la prestación que le corresponde conforme al fallo de 31 de enero de 1995, implicaría una burla a aquella determinación, a través de un procedimiento arbitrario que desconoce el derecho al debido proceso, que sí es de naturaleza fundamental, "pues implicaría en la práctica someter una decisión judicial a una tercera instancia".

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. El problema jurídico planteado.

Se trata de determinar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, incurrió en una vía de hecho y consecuentemente violó el debido proceso, al adoptar la decisión de que dan cuenta los antecedentes antes relatados..

2. La solución del problema planteado.

Reiteradamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional que puede utilizarse para impugnar las providencias judiciales en firme, cuando se configura una vía de hecho y se desconoce por consiguiente el derecho fundamental al debido proceso. En este sentido se rectifica el criterio de los juzgadores de instancia. Pero no obstante ello, confirmará las decisiones adoptadas, porque la Sala considera que en el presente caso la decisión que se impugna se encuentra ajustada a derecho, por las siguientes razones:

Como lo ha afirmado la Corte, la llamada vía de hecho no se estructura cuando lo que existe es una simple disparidad de criterios sobre la aplicación o interpretación de las normas jurídicas aplicables a un caso concreto. Por consiguiente, bien puede el juez que conoce de la tutela discrepar acerca de los fundamentos jurídicos de la decisión judicial que se somete a su examen, sin que por ello se incurra en una vía de hecho, pues basta que los argumentos que la sustentan sean serios, objetivos y razonables y revelen, por consiguiente, el recto ejercicio de la función jurisdiccional y no la arbitrariedad o el capricho del juzgador en la adopción de la decisión.

"La vía de hecho -ha señalado la Corte[1]*- es en realidad el ejercicio arbitrario de la función judicial, en términos tales que el fallador haya resuelto, no según la ley que, por tanto, ha sido francamente violada, sino de acuerdo con sus personales designios".*

"Para que pueda llegarse ha entender que, de manera excepcional, procede la acción de tutela contra providencias judiciales y -con mayor razón contra sentencias que han alcanzado el valor de la cosa juzgada- es indispensable que se configure y acredite una situación verdaderamente extraordinaria, que implique no solamente el incumplimiento de una norma jurídica que el juez estaba obligado a aplicar, sino una equivocación de dimensiones tan graves que haya sido sustituido el

1 Sentencia T-118/95, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

ordenamiento por la voluntad del fallador".

Es claro, que la providencia cuestionada no contiene en modo alguno una decisión abusiva, porque ella aparece fundamentada en argumentos que a juicio de la Sala son ponderados y razonables. En efecto, dicha providencia discurre en forma extensa y juiciosa en relación con el examen de las disposiciones legales relativas a la problemática del derecho de retención, en cuanto a su titularidad, ejercicio y procedencia, con apoyo en referencias y análisis de los criterios doctrinales y jurisprudenciales dominantes sobre la materia, que se consideran acertados.

No es de recibo la afirmación de la demandante, en el sentido de que la providencia cuestionada por la vía de la tutela modificó la sentencia del juzgado Segundo Civil del Circuito, que declaró la resolución de la promesa de compraventa, porque con su decisión el Tribunal Superior de Cartagena, en modo alguno interferió ni enervó los efectos de la sentencia, como se observa al examinar su contenido, pues sólo interpreta y fija los alcances de ésta, que por demás están explícitos, para deducir el hecho de que no se consagró el derecho de retención a favor de ninguna de las partes, a pesar de que les impuso a cada una la obligación de hacer restituciones recíprocas.

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: CONFIRMAR los fallos del Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha 7 de abril de 1997 y del Consejo de Estado del 24 de abril del mismo año.

Segundo: 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, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-462
septiembre 24 de 1997

PERSONAS JURIDICAS-Titularidad de derechos fundamentales

En relación con la condición de titulares de derechos fundamentales que ostentan las personas jurídicas, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, que ha afirmado que por ser capaces de una voluntad racional y autónoma, estos entes colectivos son verdaderas personas en sentido jurídico, esto es titulares de derechos y obligaciones y, en especial, titulares también de derechos fundamentales.

DERECHO AL HABEAS DATA DE PERSONAS JURIDICAS-Vinculación directa con la intimidad y buen nombre

Si las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental al buen nombre, en consecuencia lo son también del derecho al habeas data, toda vez que este último derecho, reconocido por el artículo 15 de la Carta Política, existe justamente como garantía de aquel y del derecho a la intimidad personal y familiar. En efecto, la sola lectura del texto constitucional mencionado, pone de relieve que el habeas data, se vincula directamente con los derechos a la intimidad y buen nombre.De esta manera, el habeas data viene a ser como una garantía de estos dos derechos, siendo por lo tanto accesorio de ellos.

Referencia: Expediente T-131.039

Peticionario: Sociedad Master Drilling Ltda.

Procedencia: Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira

Tema: Derecho al habeas data de las personas jurídicas.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C.veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los magistra-

dos Vladimiro Naranjo Mesa - presidente de la Sala -, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-131.039, adelantado por el apoderado judicial de la Sociedad Master Drilling Ltda., en contra del Banco Comercial Antioqueño (Bancoquia), Sucursal Agencia Avda. 30 de Agosto de Pereira, y la Central de Información del Sector Financiero (CIFIN).

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 seis de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La entidad peticionaria, mediante apoderado judicial, solicita al juez de tutela proteger su derecho fundamental al Habeas Data, el cual incluye los derechos a conocer, actualizar y rectificar la información que se recoja en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas, supuestamente vulnerado por Bancoquia y la CIFIN. Los hechos que fundamentan la demanda son los siguientes:

2. Hechos de la demanda

Asegura el apoderado de la demandante que el 27 de agosto de 1996, el Banco Comercial Antioqueño, sucursal Av. 30 de Agosto de Pereira, "sin previo aviso y sin expresar motivo alguno en forma objetiva, es decir, sin expresar hechos reales, por simple animosidad subjetiva, violando los derechos fundamentales a la intimidad y buen nombre de la Sociedad, ordenó la cancelación de su cuenta corriente #019-00414-2 y a renglón seguido, pasó el informe a la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia que a su turno pasó el informe a la Central de Información Financiera CIFIN, para su inserción en la red de computación por mal manejo de la cuenta, según opinión."

El apoderado de la demandante afirma que la información sobre el mal manejo de la cuenta corriente que reposa en la CIFIN ha perjudicado notablemente el buen nombre de la Sociedad en el sector financiero, razón por la cual solicitó a Bancoquia que procediera a pedir la exclusión de la sociedad del banco de datos de la CIFIN, sin que hubiese recibido respuesta a su solicitud a pesar de haber transcurrido más de 6 meses desde la cancelación de la cuenta corriente.

3. Pretensiones

El peticionario solicita que se ordene a las entidades demandadas proceder a la exclusión y cancelación de las anotaciones e informaciones consignadas en la red de datos de información del Sector Financiero, que perjudiquen el buen nombre de su representada.

4. Información emitida por la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (Asobancaria)

Mediante escrito fechado el 31 de marzo de 1997, Asobancaria manifestó ante el juez de tutela que a la fecha, la sociedad accionante no aparecía referenciada como deudora en la Central de Información del Sector Financiero. "Por el contrario -agrega- la información que reposa en la Central de Información *es completamente positiva y no causa perjuicio alguno*, lo cual hace improcedente la acción de tutela." (cursivas en el original)

Sin embargo, aclara, dado que la información sobre el manejo de los recursos financieros se actualiza constantemente y no se guardan archivos de datos vencidos, no le es posible a Asobancaria determinar si en el pasado la sociedad accionante incurrió en mal manejo de su cuenta corriente y, por lo tanto, si estuvo reportada desfavorablemente en el banco de datos del sector financiero.

5. **Información rendida por Bancoquia**

Mediante escrito del 2 de abril de 1997, Bancoquia manifestó ante el juzgado de instancia que, de acuerdo con el contenido del artículo 1.389 del Código de Comercio, del artículo 14 de los Acuerdos Interbancarios, así como de las cláusulas del contrato de cuenta corriente, la entidad, previa advertencia al cuentacorrentista, se vio en la necesidad de cancelarle cuenta, al tener que devolver varios de los cheques girados por ella por insuficiencia de fondos.

En escrito adicional dirigido al Juez de instancia el 3 de abril de 1997, Bancoquia aclaró que la Sociedad demandante había sido reportada el 9 de Septiembre de 1996 ante Datacrédito y no ante Asobancaria, que controla la Central de Información Financiera -CIFIN-.

II. ACTUACION JUDICIAL

Unica instancia

Mediante Sentencia del 7 de abril de 1997, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira decidió denegar la tutela del derecho a la información de la Sociedad Master Drilling. De acuerdo con lo manifestado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-275/95, el juez de instancia advirtió que algunos derechos fundamentales consignados en la Carta Política, entre ellos el derecho a la intimidad personal, a la honra y al buen nombre, sólo son predicables de las personas naturales y no de las personas jurídicas, y que por dicha razón, no es procedente la protección solicitada por la Sociedad demandante.

El funcionario judicial agrega: "...cabe anotar que en la Central de Información del Sector Financiero no ha sido reportado, y de aparecer allí no es otra cosa que el derecho que tiene el sector de ser enterado del comportamiento que ha tenido la sociedad a través de sus agentes, por medio de los que actúa, quien incurrió en actos y omisiones que degeneran el deterioro del buen concepto que se tiene, porque la entidad financiera hizo uso del derecho, consagrado en el artículo 1389 del Código de Comercio, al cancelar unilateralmente el contrato de cuenta corriente."

En cuanto al derecho de petición que también la demandante menciona como vulnerado, considera el juez que fue resuelto por Bancoquia, el 20 de marzo del año en curso.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. El Derecho al Habeas Data de las Personas Jurídicas

En relación con la condición de titulares de derechos fundamentales que ostentan las personas jurídicas, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, que una vez más se repite, ha afirmado que por ser capaces de una voluntad racional y autónoma, estos entes colectivos son verdaderas personas en sentido jurídico, esto es titulares de derechos y obligaciones y, en especial, titulares también de derechos fundamentales. En este sentido, en la sentencia T-396 del 16 de septiembre de 1993 se expresaron los siguientes conceptos :

"La persona jurídica es apta para la titularidad de derechos y deberes por su racionalidad y por su autonomía. La aptitud es la adecuada disposición para dar o recibir, para hacer o soportar algo, y la persona jurídica puede (tiene la dimensión jurídica de la facultad) y también debe (soporta el deber frente a sus miembros y frente a otras personas jurídicas o naturales); por tanto tiene adecuada disposición para que se le otorguen o reconozcan derechos y deberes.

"La racionalidad y la autonomía hacen que la persona jurídica sea apta para el mundo de los derechos, de los deberes y de las relaciones jurídicas según un principio de igualdad, aunque no de identidad absoluta.

"Este tipo de entidad al ser racional y autónoma es por sí (per se), no por otro, es decir, es persona (personare). De alguna manera es substancial; y todo lo substancial es un supuesto, y el supuesto es sujeto, y si éste es racional y autónomo, sin duda alguna tiene que ser sujeto de derechos y deberes. Luego la persona jurídica es una entidad que se expresa jurídicamente como sujeto de derechos y deberes".

(...)

"Los derechos fundamentales son aquellos que fundan la legitimidad del orden jurídico, por tratarse del reconocimiento que el sistema legal positivo hace unos bienes que son necesarios para la dignidad de la vida humana puesta en relación social. Estos derechos son necesarios, no contingentes tanto para el orden social justo, como para el despliegue jurídico adecuado de la persona. Tuvo el sistema ius filosófico que acudir al origen remoto de tales derechos en el ius naturale que era exclusivo para la persona humana. Luego vino un concepto más depurado, que se fundaba no tanto en la naturaleza humana, sino que se centraba en la dignidad de la persona y surgió el criterio de los derechos individuales del hombre, que luego admitió la socialidad y solidaridad de éste, de suerte que desembocó en los derechos colectivos de las personas, y aquí se encuadra, por vez primera, la titularidad de las personas jurídicas como sujeto de derechos fundamentales, como expresión mancomunada de la idea social de los seres humanos, que tienden a vincularse por medio del derecho, en lugar de disociarse en aras de una mal entendida individualidad. Con el advenimiento de la segunda generación de derechos humanos -que incluye lo social como sujeto de derecho- se consolida hoy, en la vigencia plena de la llamada tercera generación de derechos humanos (derechos de los pueblos y reconocimiento de la humanidad como gran persona jurídica sujeto de derecho universales), es contra evidente afirmar que sólo los individuos considerados aisladamente son titulares de los derechos fundamentales, porque ello supone negar toda una evolución jurídica trascendente, en el sentido de que el hombre se realiza como persona también en forma colectiva, y para ello necesita de la protección jurídica tanto desde su dimensión universal, como de su aspecto en sociedades autónomas. (M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa),"

Estando pues claramente establecido que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales, y por lo tanto de la acción de tutela, resulta necesario precisar, adicionalmente, que de manera específica son titulares del derecho de habeas data ; en ese sentido, en la misma Sentencia, se dijo lo siguiente :

"La persona jurídica no es titular de los derechos inherentes a la persona humana, es cierto, pero sí de derechos fundamentales asimilados, por razonabilidad, a ella. No tiene el derecho a la vida, pero sí al respeto a su existencia jurídica (Crf. art. 14 C.P.). Igualmente, se encuentra que por derivación lógica, por lo menos, es titular de derechos constitucionales fundamentales, los cuales se presentan en ella no de idéntica forma a como se presentan en la persona natural. A título de ejemplo, en una enumeración no taxativa, se tienen los siguientes

"- El derecho a la libertad, en el sentido de poder obrar sin coacción injustificada con conciencia colectiva de las finalidades.

"- El derecho a la propiedad, ya que es una característica esencial de la persona el ser dueña de sí, y, en dicha autoposesión tiene la capacidad de apropiación de cosas exteriores, en las cuales o por medio de las cuales manifiesta la expresión de su personalidad.

Toda persona necesita de la propiedad para ejercer su capacidad esencial de apropiación.

"- El derecho a la igualdad en derecho y a tener condiciones de proporcionalidad en las relaciones con otros sujetos de derecho. Sin la existencia del derecho a la igualdad, se hace imposible la relación de justicia, y como la persona jurídica debe existir en la realización de un orden social justo, se colige que necesita del derecho a la igualdad.

"- El derecho al buen nombre, porque es un elemento de trascendencia social, propio de todo sujeto de derecho, que busca el reconocimiento y la aceptación social, con el fin de proyectar nos sólo su imagen, sino su mismo ser en la convivencia social. Las personas naturales que conforman la persona jurídica se verían afectadas si el todo que las vincula no es titular del buen nombre como derecho. Hay un interés social que legitima la acción de reconocimiento, por parte del Estado y de la sociedad civil, del buen nombre que ha adquirido un ente colectivo, porque ello necesariamente refleja el trabajo de las personas humanas en desarrollar la perfección de un ideal común objetivo."

Si las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental al buen nombre, en consecuencia lo son también del derecho al habeas data, toda vez que este último derecho, reconocido por el artículo 15 de la Carta Política, existe justamente como garantía de aquel y del derecho a la intimidad personal y familiar. En efecto, la sola lectura del texto constitucional mencionado, pone de relieve que el habeas data, entendido por el constituyente como el derecho de las personas a "conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y archivos de entidades públicas y privadas", se vincula directamente con los derechos a la intimidad y buen nombre a los que se refiere el primer enunciado del artículo superior en comento. De esta manera, el habeas data viene a ser como una garantía de estos dos derechos, siendo por lo tanto accesorio de ellos.

Así, si le es reconocido a las personas jurídicas el derecho al buen nombre, forzoso es concluir que les debe ser reconocido igualmente el derecho al habeas data, ya que, en este caso, lo accesorio debe seguir la suerte de lo principal.

Así las cosas, aprecia la Sala que el fallo de única instancia que fue proferido en la causa que ahora se somete su revisión, erró al afirmar que la sociedad demandante carecía del derecho fundamental al buen nombre y por lo tanto al habeas data, y que por ello no tenía legitimación para interponer la acción de tutela en su defensa.

3. El caso concreto

En el caso concreto que ocupa a la Sala, la sociedad peticionaria solicita que el juez de tutela que ordene a Bancoquia y a la Asobancaria, entidad esta última que maneja la CIFIN , que procedan a la exclusión y cancelación de las anotaciones e informaciones consignadas en la red de datos de información del Sector Financiero, que perjudiquen su buen nombre.

La anterior petición es formulada con fundamento en el hecho alegado por la sociedad demandante, consistente en que la CIFIN, a petición de Bancoquia, registró en sus archivos

el nombre de la sociedad, en razón del mal manejo de una cuenta corriente ; situación esta que, en sentir de la sociedad, vulnera de manera ostensible su derecho al buen nombre y al habeas data, toda vez que han transcurrido más de seis meses sin que se haya rectificado la información.

No obstante, la Sala aprecia que del material probatorio allegado al expediente se concluye con facilidad que el hecho anterior, con base en el cual se hace la solicitud de tutela de los derechos presuntamente mencionados, nunca se dio. Es decir, Bancoquia nunca solicitó a la Asociación Bancaria la inclusión en la CIFIN del reporte a que alude la demandante.

En efecto, a folios 66 a 70 obra un memorial de la Asobancaria en el cual dicha entidad comunica al juzgado que falló en única instancia la presente tutela, que la información relativa a la sociedad demandante que reposa en la CIFIN, "es completamente positiva y no causa perjuicio alguno".

Por su parte, al folio 98 se lee la comunicación de Bancoquia remitida al mismo juzgado, en la cual se hace la siguiente afirmación : "reiteramos que el Banco no ha reportado este cliente a la ASOCIACION BANCARIA ni a la CENTRAL DE INFORMACION FINANCIERA CIFIN."

Así las cosas, estima la Sala que el hecho sobre el cual se estructura el cargo de violación del derecho fundamental al buen nombre y al habeas data de la sociedad demandada, no ha sido demostrado en esta causa. En cambio, las declaraciones de parte de los demandados controvierten tal afirmación, y dan pie para decidir que la presunta violación de los mencionados derechos no se llevó a cabo en la forma denunciada por la tutelante.

Finalmente, estima la Sala necesario referirse a la afirmación hecha por Bancoquia, según la cual esa entidad, a consecuencia de la cancelación de la cuenta corriente de la accionante, determinada por mal manejo de la misma, procedió a reportar su nombre a Datacrédito.

Al respecto, toda vez que la demanda no se dirigió en contra de esta última entidad, ni se la vinculó a la presente causa por el hecho de haberse reportado a ella el nombre de la sociedad demandante, no resulta procedente que la Sala profiera ninguna orden que la obligue a retirar informaciones de la red de datos que maneja, sin haberse primero establecido si su conducta resulta contraria a la ley y lesiva de derechos fundamentales, habiéndosele reconocido el derecho de controvertir los cargos que pudieran formularse en su contra. Para todo ello se hubiera hecho necesario que la demanda se hubiera formulado en su contra.

En cuanto a la posible violación del derecho de petición, violación que se habría producido por la ausencia de respuesta a las solicitudes de exclusión de la base de datos de la Asobancaria que formulara la sociedad demandante a Bancoquia, tal y como lo aprecia el fallador de única instancia, dicha solicitud encontró respuesta en el memorando fechado el 20 de marzo de 1997, que obra en el expediente al folio 97.

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, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia, la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pereira, de fecha 7 de abril de 1997.

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

Tercero. COMUNICAR la presente decisión en los términos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-463
septiembre 24 de 1997

ACCION DE TUTELA-Alcance del hecho superado

Como lo ha dejado sentado esta Corporación el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, pues, ciertamente, el sentido de este amparo judicial es que el juez constitucional, una vez analizado el caso particular, pueda proferir un fallo en procura de la defensa de los derechos vulnerados al afectado, siempre y cuando exista motivo para ello. Pero si la situación fáctica que generó la amenaza o vulneración ya ha sido superada, la decisión que pueda proferir el juez de tutela no tendría ninguna resonancia frente a la posible acción u omisión de la autoridad pública, pues, a los afectados ya se les satisfizo lo pretendido en el escrito de tutela, mediante la actuación positiva de las autoridades públicas al garantizar eficazmente el derecho fundamental.

Referencia: Expediente T-131.091

Peticionarios: Padres de Familia de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón

Procedencia: Juzgado 7° Civil Municipal de Ibagué

Tema: Hecho superado.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santa Fe de Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-131.091, adelantado por los Padres de

Familia de la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón, contra el Gobernador del Tolima y el Secretario de Educación Departamental.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco (5) de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante Auto del veintiuno (21) de mayo del presente año, la acción de tutela de la referencia.

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

1. Solicitud

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

2. Hechos

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

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

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

3. Pretensión

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

III. ACTUACION JUDICIAL

En providencia del 7 de abril del año en curso, el Juez 7° Civil Municipal de Ibagué (Tolima) negó lo solicitado por los padres de familia, señalando que las autoridades demandas no pueden incorporar personal docente de manera automática, pues se requiere la par-

tida presupuestal respectiva y el juez de tutela no está facultado para ordenar crear planta de personal docente por fuera de las apropiaciones correspondientes.

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

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

IV. AUTO DE NULIDAD ORDENADO POR LA SALA NOVENA DE REVISION

Mediante Auto N° 018 del 10 de julio de 1997, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional ordenó al Juzgado 7° Civil Municipal de Ibagué, poner en conocimiento la nulidad de todo lo actuado por ese despacho judicial, a partir de la presentación de la demanda, para que se integrara el litis consorcio necesario, con la advertencia de que si no alegan la nulidad en el término de tres (3) días siguientes contados a partir de su notificación, ésta quedaría saneada y el proceso volvería a la Sala Novena de Revisión de Tutela para lo de su competencia.

El Juzgado 7° Civil Municipal de Ibagué, el 11 de agosto del presente año, remitió a la Secretaría General de esta Corporación el expediente de tutela señalando, a folio 56, que el alcalde Municipal de esa ciudad, el secretario de Educación Municipal y el director de la Escuela Mixta Tulio Varón, no alegaron la nulidad, por consiguiente, quedó saneada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar los fallos de tutela de la referencia.

2. Breve justificación de la decisión por existir hecho superado

Por auto del 20 de agosto de 1997, el Magistrado ponente en la presente tutela ordenó oficiar al señor alcalde del Municipio de Ibagué y a la directora de la escuela Urbana Mixta Tulio Varón, ubicada en Ibagué, Tolima, para que informaran "Si en la actualidad los educandos de la referida Escuela continúan sin recibir clases por carecer de personal docente".

La Secretaria General de esta Corporación remitió a este Despacho, mediante el oficio

del 3 de septiembre de 1997, las pruebas solicitadas en los autos de fecha del 20 de agosto del año en curso. En la respuesta dada por el señor alcalde del Municipio de Ibagué, el 27 de agosto del año en curso, señaló que actualmente (la Escuela Urbana Mixta Tulio Varón) viene laborando con normalidad, pues el Departamento, cumpliendo con su obligación, asignó los docentes correspondientes. Igualmente, la directora de la Escuela Mixta Tulio Varón, el 26 de agosto de 1997, expresó que a partir del 19 de Marzo del presente año, fueron nombrados los docentes faltantes.

Lo anterior, fue confirmado por el Secretario de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima mediante oficio N° 1521 del 17 de julio de 1997, en el que manifestó "... en relación con [las] necesidades de docentes en la zona urbana, (...) se celebró el Contrato N° 280 del 10 de julio de 1997, entre el Departamento del Tolima y la Cooperativa Contratemos, para 110 plazas con el fin de cubrir las necesidades del segundo semestre de la actual vigencia".

Así las cosas, a los padres de familia, accionantes en el caso *sub judice,* se les ha protegido el derecho a la educación de sus hijos, a través de la actuación surtida por el secretario de Educación del Departamento del Tolima, que asignó los docentes faltantes, tanto en el plantel educativo objeto de tutela como en otros centros educativos. Por ello, los hijos de los accionantes están recibiendo las clases respectivas, quedando así superada la pretensión de los actores de la presente tutela. En consecuencia, cualquier mandato que profiera el juez constitucional, en el caso *sub lite,* para la defensa del derecho fundamental conculcado, quedaría sin ningún efecto; es decir, la acción de tutela perdería, ciertamente, su razón de ser[1], pues se trata de un hecho que ya está superado.

Sobre el particular, esta Corte ha sostenido:

"...la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente violado o amenazado, lo cual explica la necesidad de un mandato proferido por el juez en sentido positivo o negativo. Ello constituye a la vez el motivo por el cual la persona que se considera afectada acude ante la autoridad judicial, de modo que si la situación de hecho de lo cual esa persona se queja ya ha sido superada en términos tales que la aspiración primordial en que consiste el derecho alegado está siendo satisfecha, ha desaparecido la vulneración o amenaza y, en consecuencia, la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío". (Corte Constitucional. Sentencia T-519 del 16 de septiembre de 1992. M.P.: magistrado doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Como lo ha dejado sentado esta Corporación en su amplia jurisprudencia, el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales, pues, ciertamente, el sentido de este amparo judicial es que el juez constitucional, una vez analizado el caso particular, pueda proferir un fallo en procura de la defensa de los derechos vulnerados al afectado, siempre y cuando exista moti-

1 Cfr. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-167 del 2 de abril de 1996. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

vo para ello. Pero si la situación fáctica que generó la amenaza o vulneración ya ha sido superada, la decisión que pueda proferir el juez de tutela no tendría ninguna resonancia frente a la posible acción u omisión de la autoridad pública, pues, como se mencionó, a los afectados ya se les satisfizo lo pretendido en el escrito de tutela, mediante la actuación positiva de las autoridades públicas al garantizar eficazmente el derecho fundamental, en el caso presente el de la educación, considerado por la doctrina constitucional como un derecho de aplicación inmediata.

En relación con el derecho a la educación, la Corte Constitucional ha señalado:

"(...) siendo dicho derecho de aplicación inmediata, la obligación estatal de prestar el servicio de educación es impostergable, no sólo por el valor esencial ínsito en el mismo, sino por constituir un instrumento idóneo para el ejercicio de los demás derechos, y en la formación cívica de la persona, según los ideales democráticos y participativos que preconiza nuestra Constitución Política.

No descarta la Sala las dificultades de orden presupuestal que se constituyen en limitantes de la ampliación de la cobertura de los servicios de educación, que es deseable y mandatoria constitucionalmente; pero de todas maneras la necesidad de promover la efectividad de los derechos (art. 2o. C.P.), para que estos dejen de ser enunciados simplemente formales y no la traducción de una realidad, obliga a exigir del Estado un esfuerzo permanente, regular y contínuo, que permita avanzar cada día en la extensión del servicio de la educación, por lo menos, hasta cubrir el espacio que la propia Constitución señala".(Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-236 del 17 de mayo de 1994. M.P.: magistrado doctor Antonio Barrera Carbonell).

Reitera sin embargo esta Sala, que impartir educación es una responsabilidad esencial, como lo señala el art. 67 de la Constitución: *"El Estado, la sociedad y la Familia son responsables de la educación.."*. Tiene además un carácter de derecho fundamental y, por ello, es un compromiso de las autoridades tanto nacionales como departamentales y municipales vigilar que, en lo posible, se asegure en todos los establecimientos educativos docentes.

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 en todas sus partes la Sentencia proferida el 7 de abril de 1997 por el Juzgado Séptimo Civil del Municipio de Ibagué (Tolima), en el proceso de tutela incoado por los padres de familia de la "Escuela Urbana Mixta Tulio Varón", pero por las razones expuestas en la parte motiva de este Fallo.

Segundo: ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte Constitucional, se comunique esta providencia en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991-.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-464
septiembre 24 de 1997

DERECHO DE PETICION-Prohibición de respuesta evasiva

Una contestación vacía de contenido, evasiva y casi desdeñosa como deja en el mismo estado de desorientación a la persona y por ende resulta violado su derecho de petición. El alcance de este derecho fundamental va mucho más allá de la respuesta formal, aunque oportuna. Pero, además, toda persona tiene derecho a que la respuesta de la administración sea clara y específica en torno a la resolución adoptada, con independencia de si es negativa o positiva.No se viola el derecho de petición por negar lo pedido, como lo ha reiterado la jurisprudencia, pero sí se vulnera de modo ostensible cuando la respuesta es vaga o contradictoria, pues en ambos casos lo que se tiene es lo contrario de una decisión.

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: Expediente T-134725

Peticionario: Manuel Calzada Chamorro

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

Revisa la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional el fallo proferido en el asunto de la referencia por el juzgado segundo laboral del Circuito de Cali con fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El señor Manuel José Calzada Chamorro actuando a través de apoderado formula acción de tutela contra la Corporación autónoma Regional del Valle del Cauca -C.V.C-, con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales de petición, debido proceso y trabajo.

El actor trabaja al servicio de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca en el oficio de "observador", a quien la entidad le compra tres lecturas de mira diarias por un valor mensual de cuarenta y cuatro mil pesos ($44.000.oo). Esta labor la viene desempeñando desde el año de 1955. Hacia el año de 1958 el accionante recibe de la entidad un documento, que por su importancia en el caso se transcriben algunos de sus apartes a continuación:

"Dentro de la nueva organización que se le ha dado al Programa Hidrológico de la Sección de Hidrología de la C.V.C., los observadores serán considerados como empleados permanentes que trabajan una parte del tiempo, teniendo derecho a todas las prestaciones sociales y además a todos los privilegios que ofrece esta entidad para sus empleados. Como usted obtendrá más privilegios, espero que estará de acuerdo en que tendrá mayores responsabilidades en el cuidado de los instrumentos que tenga a su cargo, lo mismo que de su buen mantenimiento y operación, así que, firmará un recibo por cada instrumento que esté bajo su observación."

Para que usted entre a figurar como empleado de la C.V.C. debe cumplir los siguientes requisitos que exige la ley:

Certificado de sangre y de pulmones..., Llenar la solicitud de empleo y la hoja de seguro de vida. Presentarse al puesto de salud mas cercano para su examen médico avisando a esta oficina con dos semanas de anticipación cual es el lugar de dicho puesto de salud y el nombre del médico Jefe".

Actuó el señor Calzada de conformidad con lo ordenado en el oficio y así ha venido trabajando para la empresa mencionada. Ahora que esta a punto de cumplir 81 años y hace la solicitud para obtener su derecho a la pensión de jubilación, la accionada le responde que no tiene ni ha tenido con él ningún vínculo laboral que le permita acceder a sus pretensiones. Por ello solicita que através de la tutela se le protejan sus derechos al trabajo, debido proceso y petición y se ordene a la C.V. C. entregar los documentos o constancias del tiempo de servicio prestado a esta entidad como "Observador" y además los datos necesarios con el fin de poder adelantar las diligencias para obtener la pensión de jubilación.

II. DECISION QUE SE REVISA

Mediante sentencia de fecha nueve (9) de mayo de 1997, el juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali decidió denegar la acción de tutela instaurada por el señor Manuel José Calzada Chamorro contra la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, por considerar que el derecho de petición del tutelante no se había vulnerado con la actitud de la entidad demandada, pues ésta había cumplido con su deber legal al resolver las respectivas solicitudes. La entidad en sus respuestas atendió los requerimientos del peticionario y le resolvió sus inquietudes señalándole que no tenía vinculación laboral con ella y que eso lo había expresado en varias comunicaciones. Agregó el fallador de instancia que la inconformidad del peticionario con esas respuestas debe ventilarlas en la jurisdicción laboral através de un proceso ordinario y no por el mecanismo de la tutela.

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 Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. El caso concreto. El derecho de petición. Obligación de resolver en forma clara y precisa sobre todas las solicitudes formuladas.

La presente tutela solicita del juez constitucional el amparo de los derechos al trabajo, petición y debido proceso por cuanto la entidad demandada no ha respondido las peticiones que se han elevado con miras al reconocimiento de la pensión de jubilación que el solicitante ha presentado.

Observa la Sala que si bien aparecen en el expediente varias respuestas emitidas por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, en donde se sostiene la demandada en su negativa de acceder a los pedimentos del actor por cuanto no ha tenido nunca con él una vinculación laboral, también se advierte que la petición elevada a esta por la doctora Teresa Burbano de Vargas apoderada del tutelante, en la que comedidamente se pide a la entidad confirmar la autenticidad del oficio por ella suscrito en el año de 1958, no ha sido respondida en debida forma.

En efecto, consciente la entidad de la importancia y urgencia que para el afectado implicaba el saber realmente qué tan válido era el documento suscrito por ella en el año de 1958 para efectos de hacerse a los escritos y pruebas necesarios para intentar el reconocimiento de su pensión de jubilación, la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, no obstante contestó:

"(...)

"En lo referente a la autenticidad del oficio de fecha noviembre de 1958, suscrita por el señor E. Hadjiloukas, Jefe de la Sección de Hidrología, no nos consta."

Es obvio que se trata de una contestación evasiva, que sólo tiene la apariencia de respuesta y que no define lo que se solicitó. En reiterados pronunciamientos la Corte Constitucional ha manifestado su rechazo frente a este tipo de salidas por las que optan las entidades de quienes se reclaman respuestas, y que al tiempo que dilatan los procesos, no dejan satisfechos los intereses de los peticionarios.

Una contestación vacía de contenido, evasiva y casi desdeñosa como la que la entidad ofrece al peticionario en este asunto, deja en el mismo estado de desorientación a la persona y por ende resulta violado su derecho de petición. El alcance de este derecho fundamental contemplado en el artículo 23 de la Carta va mucho más allá de la respuesta formal, aunque oportuna, y así lo ha ratificado la jurisprudencia en sentencia que merece citarse así:

"La respuesta dada debe además resolver el asunto (...), 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, pues como lo afirmó la Corte en sentencia T-418 de 1992 (M.P.: Dr. Jaime Sanín Greiffenstein), tal derecho no se satisface si no se toma "una posición de fondo, clara y precisa por el competente". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-165 del 1 de abril de 1997).

"(...)

"Desde el punto de vista jurídico, entre otros significados que no vienen al caso, "resolver" representa adoptar una decisión o dilucidar un litigio o controversia, en ambos casos con efectos vinculantes. Lo segundo corresponde, en principio, a las autoridades judiciales y lo primero, normalmente, a quien cumple función administrativa.

"En lo relativo al derecho de petición, la autoridad ante la cual se ejerce está obligada a ***resolver,*** *pues, por contrapartida, el peticionario tiene la garantía constitucional de "obtener pronta resolución".*

"Considera la Corte que el derecho de petición 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 ésta se alude a temas diferentes de los planteados o se evade la determinación que el funcionario deba adoptar". (Cfr. Corte Constitucional .Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-575 del 14 de diciembre de 1994)*

Pero, además, toda persona tiene derecho a que la respuesta de la administración sea clara y específica en torno a la resolución adoptada, con independencia de si es negativa o positiva.

No se viola el derecho de petición por negar lo pedido, como lo ha reiterado la jurisprudencia, pero sí se vulnera de modo ostensible cuando la respuesta es vaga o contradictoria, pues en ambos casos lo que se tiene es lo contrario de una decisión.

La respuesta, entonces, además de oportuna, ha de ser exacta y del contenido del respectivo acto debe desprenderse sin dificultad la conclusión acerca del sentido y los alcances de la determinación en ella adoptada. El caso en estudio constituye un buen ejemplo de respuesta dubitativa, que deja al particular sin saber cómo se le resolvió ni qué hacer al res-

pecto. La incertidumbre que genera la respuesta, suscita además la siguiente pregunta: ¿ Cómo entender que a la entidad no le conste la existencia de un documento suscrito por ella en el año de 1958, cuando en el expediente aparecen dos constancias de trabajo emitidas por ella misma en 1980 y 1997 en las que dan cuenta de la vinculación del señor Calzada a esa entidad desde el año de 1955? (folios 9 y 32 del expediente).

Como ya se dijo, el actor, por intermedio de su apoderada se dirigió a la entidad para la que ha trabajado cerca de 42 años, en procura de obtener información sobre la veracidad y autenticidad de un documento suscrito por ella misma y que al peticionario le resulta menester para los resultados de las diligencias en torno a su pensión de jubilación. La demandada se limitó sin más, a decir que no le constaba la existencia del documento, y es obvio que esa afirmación nada tiene de respuesta clara y precisa. Por lo tanto, violado como aparece el derecho de petición, en la parte todavía no respondida, hace falta entrar al fondo de lo que específicamente se le pidió y por ello se revocará el fallo de instancia.

Igualmente considera esta Sala, que en amparo del derecho al trabajo, considerando que se trata de una persona de la tercera edad, ya con grandes dificultades de subsistencia, se ordenará a la entidad comprometida que agilice la entrega de los documentos que el peticionario necesita, y que le permitan adelantar las diligencias para iniciar el trámite de la pensión de jubilación a la que cree tener derecho.

Recuerda además esta Sala que por vía de tutela no se puede ordenar el reconocimiento de pensiones por cuanto ello escapa a las competencias del juez de este mecanismo.

Las facultades del juez de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales, han sido reseñadas así:

"Finalmente, no sobra reiterar lo expuesto por esta misma Corporación, la cual ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela. La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. En este evento el peticionario es titular de un derecho reconocido como fundamental por esta Corporación. Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento". (Sentencia T-093 de 2 de marzo/95. M.P. Hernando Herrera Vergara).

Y en fallo T-124 de 1994, con ponencia del magistrado Fabio Morón se dijo:

"La naturaleza de la acción de tutela le otorga un carácter preventivo y no declarativo de derechos. En consecuencia tiene la función de evitar vulneraciones a los derechos fundamentales, o su amenaza, como se señala claramente en el artículo 86 de la Constitución Política. Y resulta lógico que así sea por cuanto, en tratándose

de derechos fundamentales, su carácter inherente a la persona hace que el ejercicio mismo del reconocimiento del derecho, para su amparo, sea directo, inmediato, factual, como resultado de la existencia misma del sujeto titular.

"Cuando no medien circunstancias, incluso relacionadas con derechos fundamentales, sin que los hechos planteados exijan valoraciones probatorias y complejas definiciones de situaciones jurídicas de rango legal, el juez de tutela debe abstenerse de fallar, por no responder la acción a los fines perseguidos en la demanda.

"Lo expuesto, encuentra desarrollo en el llamado carácter residual o subsidiario de la tutela. No sólo porque ésta no es el único medio judicial para la defensa de los derechos fundamentales, los cuales también y de manera ordinaria o general deben ser amparados por los cauces de la jurisdicción ordinaria o especiales de la República, y sólo de manera exceptiva mediante la acción de tutela; sino porque su carácter preferente y sumario, que indica por lo primero agilidad en el tiempo y por lo segundo brevedad en las formas y procedimientos, aspectos estos que no permiten al juez de tutela abordar con pleno discernimiento asuntos que sólo pueden ser objeto de elaboración y decisión, luego de sustanciar procesos, cuyo diseño procesal permita el esclarecimiento de situaciones de hecho y la declaración de derechos litigiosos menos inmanentes que los derechos fundamentales en sí mismos considerados.

"Así lo entendió el propio constituyente al determinar que esta acción sólo 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 (in. 3o. art. 86 C.P)."

Así pues, si el actor reclama de la entidad demandada, el reconocimiento de su pensión de jubilación, y ésta se niega, es la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de conocer el asunto.

Por todo lo expuesto, se tutelarán los derechos de petición y de trabajo en la modalidad descrita, y se ordenará a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, por una parte responder de fondo sobre la veracidad del documento suscrito por ella en el año de 1958 referido a la situación laboral del accionante, y por otra, allegar al actor todos los documentos y constancias del tiempo de servicios prestados a esa entidad.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR el fallo de fecha nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y

siete(1997) proferido por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Segundo: CONCEDER la tutela del derecho de petición y de trabajo del señor MANUEL JOSE CALZADA CHAMORRO, a quien la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca deberá responderle de fondo y de manera clara su petición sobre la veracidad del documento por ella suscrito en el año de 1958 y que tiene que ver con la situación laboral del peticionario. Para ello la entidad deberá proceder dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo. Igualmente, la entidad , dentro del mismo término deberá remitir al señor Calzada los documentos y constancias de trabajo del tiempo de servicios prestados a esa entidad.

Tercero. Dese cumplimiento a lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado Ponente

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-465
septiembre 24 de 1997

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Inmueble afectado con tratamiento de conservación arquitectónica

A pesar de las numerosas expresiones invocadas por el demandante de señalar que el objeto de esta tutela se encuentra en la omisión de las autoridades distritales demandadas de iniciar el procedimiento de adquisición directa o de expropiación del inmueble afectado con el tratamiento de "Conservación Arquitectónica", o, que se le excluya de tal carácter, el hecho concreto consiste en que el demandante cuenta con otros medios de defensa judicial, lo que hace improcedente la acción de tutela.En efecto, tal como lo señalaron el Tribunal y el Consejo de Estado, para el caso concreto. Existen las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, o de reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, es pertinente transcribir lo establecido en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo.

DERECHO DE PROPIEDAD-No se lesiona por afectación de inmueble de conservación arquitectónica

La obligación impuesta por la ley al propietario de un inmueble que tiene valor arquitectónico o histórico, de conservarlo, es una carga legítima que no lesiona el derecho de propiedad. Basta recordar que el dueño sigue teniendo la posibilidad de explotar económicamente el inmueble, enajenarlo, etc. Más aún : algunos impuestos, como el predial, y los servicios públicos, se rebajan en relación con el predio sometido a este régimen.

Referencia: Expediente T-128.385

Actor: Gabriel Toro Perea.

Demandados: Alcalde Mayor de Bogotá y otros.

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., a los veinticuatro (24) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Primera (1ª) de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, decide sobre la sentencia del Consejo de Estado, de fecha seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

A.- La demanda.

El señor Gabriel Toro Perea, representado por apoderado, interpuso acción de tutela contra el Alcalde Mayor de Bogotá, el Director del Instituto de Desarrollo Urbano y los Gerentes de las Empresas de Acueducto y Alcantarillado, de Energía y de Telecomunicaciones de Bogotá, por vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y propiedad.

El demandante es propietario de un inmueble en la ciudad de Bogotá. Mediante el decreto 677 de 1994, expedido por la Alcaldía Mayor, este inmueble fue declarado de "Conservación Arquitectónica".

Considera que esta decisión le ha causado graves perjuicios en su derecho pleno de propiedad, pues, a partir de dicha declaración, no puede demoler, dividir o reedificar el inmueble, ni destinarlo a usos diferentes. Dichas limitaciones están contenidas en el artículo 500 del Acuerdo 6 de 1990.

El demandante hace un minucioso análisis de las normas relacionadas con esta afectación al inmueble de su propiedad y la manera como entiende la vulneración de sus derechos fundamentales, para concluir que es procedente la acción de tutela, pues ha existido omisión de las partes demandadas en llevar a cabo el procedimiento de enajenación voluntaria contemplado en la ley 9ª de 1989, al no recibir ninguna oferta al respecto, o para realizar el proceso de expropiación.

Considera que tal hecho viola los siguientes derechos fundamentales : el debido proceso, la igualdad y la propiedad. Las explicaciones expuestas en la demanda se pueden resumir así :

El artículo 29 de la Constitución se vulneró pues no se siguió el debido proceso antes de afectar el inmueble.

El derecho a la igualdad, porque mientras los demás propietarios del sector donde está ubicada la casa, pueden ejercer en su totalidad el derecho de propiedad sobre sus inmuebles, siendo autorizados para construir edificios hasta de seis pisos, al demandante no se le permite hacer uso de tales posibilidades, y no se le ha compensado tal limitación.

El derecho de propiedad, que aunque no es fundamental por sí mismo, sí adquiere tal carácter cuando se han desconocido otros derechos fundamentales, en este caso, la igualdad

y el debido proceso, en razón de las limitaciones impuestas al uso pleno de este derecho.

Por estas razones, solicita que por medio de la acción de tutela se ordene a las autoridades demandadas, iniciar el procedimiento de enajenación voluntaria directa, notificándosele la oferta de compra respectiva, o, en su defecto, se ordene a la Alcaldía excluir el inmueble del tratamiento de conservación arquitectónica con el que se encuentra afectado.

El demandante considera que no existe otro mecanismo de defensa judicial, en razón de que lo que pretende es la protección frente a la omisión de las autoridades, y no la legalidad del acto administrativo que incluyó el inmueble de su propiedad en el tratamiento de Conservación Arquitectónica. El demandante no cuestiona la legalidad del decreto 677 de 1994.

Como pruebas, el demandante acompañó a su escrito documentos pertinentes.

B- Decisiones Judiciales.

1.- Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó el conocimiento de esta tutela y ordenó notificar a los demandados.

El Departamento Administrativo de Planeación Distrital informó al Tribunal que el predio, objeto del examen de tutela, se encuentra clasificado con el tratamiento de conservación arquitectónica, nivel 1, desde la entrada en vigencia del decreto Nro. 749, del 26 de mayo de 1980, expedido por la Alcaldía, reglamentario del Acuerdo 7 de 1979. Por consiguiente, no es cierto lo afirmado por el demandante al ubicar el origen de esta situación a partir de la expedición del decreto 677 de 1994.

También observó que el demandante interpuso en el año inmediatamente anterior otra acción de tutela. En dicha oportunidad, el Consejo de Estado tuteló parcialmente al señor Toro Perea, por no haber sido notificado personalmente del decreto 677 de 1994, notificación que se surtió el 23 de julio de 1996.

Planeación Distrital acompañó a su respuesta los decretos 749 del 26 de mayo de 1980, 327 del 29 de mayo de 1992 y el decreto 677 del 31 de octubre de 1994. Todos relacionados con el asunto.

Algunos de los demás demandados aportaron otros documentos en sus respectivas respuestas.

2.- Decisión de primera instancia.

En sentencia del 20 de enero de 1996, el Tribunal decidió rechazar por improcedente la solicitud de tutela. En las consideraciones, el Tribunal resumió las razones de su decisión, así :

"1.- No se ha probado que exista un mandamiento normativo que implique que consecuencialmente a la declaratoria de un inmueble bajo Tratamiento de Conservación Arquitectónica deba procederse necesariamente a su adquisición por la Administración bien sea por la vía de la negociación directa o de la expropiación.

"2.- Como no probó tal mandamiento normativo resulta que lo que desde la óptica del accionante se constituye en una OMISIÓN de las autoridades administrativas, no necesariamente puede estar calificada con tal rango.

"3.- Igualmente desde la perspectiva del accionante se le causa un daño permanente al no poder explotar el bien inmueble tal como lo deseara, pues ciertamente el régimen bajo el cual se encuentra sometido implica su conservación en las características arquitectónicas sin poder hacer modificaciones estructurales a la misma.

"Pero si ello es cierto y tal daño patrimonial se deriva de la ejecución de un acto administrativo, tal como ya se afirmó resulta procedente la interposición de las acciones contencioso administrativas para lograr tal indemnización.

"Igual conclusión puede traerse si el daño se mira, como él lo hace, el accionante, no en virtud de la expedición del decreto 677 de 1994 sino, digamos, de su "incompletud", pues dicho acto administrativo o los subsiguientes debieron adoptar la decisión de adquisición del predio adoptado."

Por consiguiente, para el Tribunal, el demandante cuenta con los medios judiciales idóneos para expresar su inconformidad contra el decreto de la Alcaldía Mayor de Bogotá, haciendo uso de las acciones correspondientes, ante la Jurisdicción contencioso administrativa, y allí lograr su objetivo.

3.- Impugnación.

El demandante, a través de apoderado, impugnó la decisión dentro del término legal.

En su concepto, la decisión del Tribunal desconoció el hecho de que el asunto no radica en el cuestionamiento al decreto que declaró el inmueble como de conservación arquitectónica, sino que su inconformidad está en la omisión de las autoridades demandadas de efectuar la oferta contemplada en la ley 9ª de 1989, o el proceso de expropiación. Para esta omisión, no cuenta con medio de defensa judicial alguno.

4.- Segunda Instancia.

El Consejo de Estado, en sentencia del seis (6) de marzo de 1997, decidió confirmar en su integridad el fallo del *a quo*.

El Consejo recordó que con anterioridad el actor había interpuesto otra acción de tutela, la cual le fue concedida por el propio Consejo de Estado. Allí se amparó su derecho fun-

damental al debido proceso, y se ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá, efectuar la notificación del decreto 677 de 1994, en debida forma.

Sin embargo, al hacer un análisis integral de las dos demandas de tutela, el Consejo consideró que los hechos que motivan la nueva acción son diferentes a los que dieron origen a la primera, por lo que no aplicó el artículo 38 del decreto 2591 de 1991, por no tipificarse, en este caso, la acción temeraria.

En su decisión, el Consejo consideró que la presente acción no está llamada a prosperar, por cuanto el demandante tiene las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, o de reparación directa, que, ejercidas dentro de los términos legales, constituyen los mecanismos para lograr la obligación que, a juicio del demandante, ha pretermitido la administración. Por consiguiente, existiendo un medio judicial idóneo hace improcedente la acción de tutela, que se caracteriza por tener un carácter residual y subsidiario.

II.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera.- Competencia.

La Corte es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 9, de la Constitución y el decreto 2591 de 1991.

Segunda.- Breve justificación de esta sentencia.

Dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto 2591 de 1991, en el sentido de que "las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. *Las demás podrán ser brevemente justificadas*", la presente decisión será brevemente justificada, pues no se revocará ni se modificará la decisión del Consejo de Estado, ni el objeto de esta tutela es asunto que cambie la jurisprudencia de la Corte, ni aclare normas constitucionales.

A pesar de las numerosas expresiones invocadas por el apoderado del demandante de señalar que el objeto de esta tutela se encuentra en la omisión de las autoridades distritales demandadas de iniciar el procedimiento de adquisición directa o de expropiación del inmueble afectado con el tratamiento de "Conservación Arquitectónica", o, que se le excluya de tal carácter, el hecho concreto consiste en que el demandante cuenta con otros medios de defensa judicial, lo que hace improcedente la acción de tutela.

En efecto, tal como lo señalaron el Tribunal y el Consejo de Estado, para el caso concreto existen las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, o de reparación directa, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Al respecto, es pertinente transcribir lo establecido en el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo :

*"**Artículo 83**. Subrogado por el decreto 2304 de 1989, artículo 13. **Extensión del control**. La jurisdicción de lo contencioso administrativo juzga los actos adminis-*

trativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, de conformidad con este estatuto."

Existiendo, pues, otro medio de defensa judicial, no es un capricho de los jueces de instancia o de la Corte Constitucional el considerar improcedente esta acción de tutela. No, por el contrario, esta decisión obedece a un imperativo constitucional. El artículo 86 de la Constitución, inciso tercero señala :

*"**Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial,** salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio de para evitar un perjuicio irremediable." (se subraya)*

Y ese medio de defensa judicial existe, se repite, en la jurisdicción mencionada.

Sólo cabe observar que en razón de la otra tutela que instauró el demandante, que fue concedida por el Consejo de Estado, se ordenó al Alcalde de Bogotá notificarle personalmente al señor Toro Perea el contenido del decreto 677 de 1994, y los recursos que contra él procedían. El señor Toro Perea interpuso recurso de reposición, que fue resuelto por la Resolución Nro. 922 del 16 de septiembre de 1996, mediante la cual el Alcalde de Bogotá confirmó el decreto 677 de 1994. En el artículo tercero de la parte resolutoria se establece que contra dicha resolución no procede ningún recurso en la vía gubernativa. En relación con este acto administrativo quedó, para el señor Toro Perea, abierta la posibilidad para de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

Si no acudió dentro de los términos legales ante la mencionada jurisdicción, la tutela no es el medio apropiado para revivir términos judiciales dejados de utilizar oportunamente. Así lo ha expresado la Corte en numerosas sentencias.

En síntesis, por disponer el demandante de otro medio de defensa judicial, la presente tutela es improcedente. Por consiguiente, se confirmará la decisión del Consejo de Estado.

A todo lo anterior, cabe agregar que la obligación impuesta por la ley al propietario de un inmueble que tiene valor arquitectónico o histórico, de conservarlo, es una carga legítima que no lesiona el derecho de propiedad. Basta recordar que el dueño sigue teniendo la posibilidad de explotar económicamente el inmueble, enajenarlo, etc. Más aún : algunos impuestos, como el predial, y los servicios públicos, se rebajan en relación con el predio sometido a este régimen.

III. DECISION

Por lo anterior, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de fecha seis (6) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997), proferida por el Consejo de Estado.

Segundo.- LIBRENSE, por al Secretaría General de la Corte, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, en la forma y para los efectos allí contemplados.

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

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-481
septiembre 26 de 1997

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-
Deficiencias en servicios de acueducto y alcantarillado

DERECHO A LA SALUD-
Deficiencias en servicios de acueducto y alcantarillado para menores estudiantes

DERECHO A LA EDUCACION-Desarrollo integral/
DERECHO A LA EDUCACION-Condiciones ambientales para menores

El derecho a la educación de los menores no solamente supone la posibilidad de obtener datos o conocimientos, sino la de alcanzar un desarrollo integral, en donde el educando pueda desplegar totalmente sus facultades físicas y mentales. El desarrollo de las facultades físicas, supone el acceso a espacios en los cuales pueda moverse con libertad e interactuar de diferentes formas con los demás, momento en el que el derecho a la educación se vincula con el derecho a la recreación de manera inescindible, al punto que la imposibilidad de recrearse conlleva la imposibilidad de educarse integralmente.En materia del crecimiento y educación de los niños, los conocimientos en las edades infantiles llegan a través de la interrelación constante entre cuerpo y espíritu, siendo entonces evidente la limitación a la que se encuentran sometidos en este caso cuando tienen que vivir en medio de toda clase de excrementos y condiciones insalubres, de lo cual no pueden ser responsables sino los encargados de la administración municipal.Ni hablar del derecho a la alimentación equilibrada, pues la insuficiente alimentación que las familias de los estudiantes pueden proporcionarles, era complementada con un refrigerio suministrado por el ICBF, cuya preparación, como la de casi toda la comida humana, requiere insustituiblemente del agua; entonces, los menores estaban en presencia de la afectación grave de una posibilidad de superar su bajo nivel nutricional.

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Terminación de acueducto por Alcalde

Referencia: Expedientes T-119241 y T-119242 (acumulados).

Accionante: María Teresa Martínez L.

Magistrado Ponente: Dr. FABIO MORON DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., Septiembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES.

Como Personera del Municipio de Soracá (Boyacá) y en ejercicio de la acción de tutela dispuesta en el artículo 86 de la Constitución Política, la demandante reclama la protección de los derechos constitucionales fundamentales a *"la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación, la educación y la recreación"* de los niños estudiantes de las escuelas de las veredas Rominguira (expediente 119241) y Puente Hamaca (expediente 119242), pertenecientes al municipio mencionado, señalando como responsables de su vulneración al Alcalde Municipal de Soracá y la Junta de Acción Comunal de Rominguira (expediente 119241), y la Junta de Acción Comunal de la vereda de Otro Lado (expediente 119242).

HECHOS Y PRETENSIONES.

1.- Expediente T-119241.

Comienza la accionante advirtiendo que desde su construcción, la escuela de Rominguira ha padecido por carencia de agua. En vista de ello, continúa, los esfuerzos conjuntos de administraciones pasadas y trabajo comunitario, lograron extender una red desde un pozo ubicado en la misma vereda, con el objetivo de abastecer a la escuela del preciado líquido.

Sin embargo, no pudo lograrse la meta propuesta, pues cuando las mangueras no fueron destrozadas por miembros de la comunidad, no fueron abiertos los registros para permitir el paso del agua, razones por las cuales los profesores de la escuela solicitaron reiteradamente al Alcalde Municipal y a la Junta de Acción Comunal el entierro de la red (mangueras) y la designación de una persona que se encargara del suministro diario del agua, solicitudes que jamás, en términos de la Personera, recibieron respuesta.

Posteriormente, anota, fue construido e instalado un acueducto en la vereda referida, el cual tuvo como propósito, en principio, abastecer del líquido a algunas familias y, en especial, a la escuela, objetivo que tampoco pudo cumplirse, en vista de que la Junta de Acción Comunal se abstuvo de dictar la orden necesaria para que los registros fueran abiertos y se satisficieran las necesidades de la escuela, so pretexto, apunta la demandante, de que por no estar aún completamente terminada la conexión, era posible que se desperdiciase el agua.

Finalmente, argumenta la Personera Municipal de Soracá que los niños se ven expuestos diariamente a serios peligros para su salud, toda vez que, por falta de agua, no cuentan con el servicio de restaurante, de sanitarios y de aseo general del establecimiento educativo, *"viéndose obligados a hacer sus necesidades fisiológicas alrededor del establecimien-*

to y a la supresión de su refrigerio escolar, porque para tener acceso a el deben exponer sus pequeñas vidas al traer agua de los aljibes cercanos", sin que las autoridades competentes para solucionar el referido problema, hayan desplegado actividad alguna para superarlo.

Con base en los hechos anteriormente sintetizados, solicita al Juez de tutela ordenar al Señor Alcalde Municipal de Soracá (Boyacá), garantizar el servicio de agua permanente en la escuela de Rominguira, y a la Junta de Acción Comunal de la misma vereda *"que abastesca*(sic) *y suministre el agua a las instalaciones de la escuela"*.

2.- Expediente T-119242.

De manera similar al caso anterior, comienza la Personera del Municipio de Soracá diciendo que la escuela de la vereda de Puente Hamaca, se encuentra ubicada en una zona deforestada y carente de fuentes cercanas de agua. Por tal razón, agrega, la administración local anterior y la Asociación de Padres de Familia de la escuela llegaron a varios acuerdos buscando abastecerla del líquido, pero que fueron reiteradamente incumplidos por la administración, sin responsabilidad alguna de la asociación.

En cumplimiento de uno de tales compromisos, continúa la accionante, la Asociación de Padres de Familia, con recursos y trabajo propios, logró la extensión de una manguera desde el yacimiento de agua que abastece el acueducto de la vereda de Otro Lado, también perteneciente al Municipio de Soracá, hasta la escuela de la vereda Puente Hamaca, circunstancia que llevó a la administración local a adquirir otro compromiso: ayudar a la comunidad de la vereda de Otro Lado a adquirir el lote de terreno donde se encuentra ubicado el yacimiento de agua, comunidad que en respuesta se comprometió, condicionando su cumplimiento al de la administración, a satisfacer la necesidad de agua de la escuela referida.

Tal compromiso tampoco fue cumplido por dicha administración y es por ello, afirma la petente, que la comunidad de Otro Lado se ha negado a suministrar el agua a la escuela de Puente Hamaca, sin tener en cuenta que las personas que a ella concurren y en especial los menores, tienen derecho a *"ser educados en un ambiente sano y propicio que les permita un desarrollo intelectual y físico adecuado a sus edades infantiles"*. Dicho incumplimiento ha llevado, en el sentir de la Personera, a que toda la inversión económica y laboral se haya perdido y, especialmente, a que los alumnos hagan uso de las zonas verdes y alrededores de la escuela *"para sus necesidades fisiológicas"*, viéndose privados, además, del refuerzo alimenticio proporcionado por el ICBF, dadas las precarias condiciones nutricionales en que son enviados a estudiar, pues su preparación requiere del agua en manera insustituible.

Para terminar, argumenta que la administración local actual ha iniciado infructuosos acercamientos con la comunidad de Otro Lado y ha ordenado la iniciación de la construcción del acueducto de Puente Hamaca, pero tales obras requieren tiempo *"y la comunidad sigue viéndose afectada por falta del preciado líquido"*, razones por las cuales solicita concretamente al juez de tutela que ordene a los miembros de la Junta de Acción Comunal de la vereda de Otro Lado, el suministro de agua para la escuela de la vereda de Puente

Hamaca, mientras el acueducto de ésta se termina y pone en funcionamiento.

II. LAS DECISIONES DE INSTANCIA.

1.- En el Expediente 119241.

Por sentencia dictada el 11 de junio de 1997, el Juzgado Promiscuo Municipal de Soracá (Boyacá) decidió tutelar los derechos constitucionales fundamentales *"a la salud, integridad física, alimentación y educación de los menores de la escuela de Rominguira"*, ordenando a la administración municipal que *"en el término de treinta (30) días corrientes verifique las obras necesarias para que haya agua permamenteen*(sic) *la escuela de Rominguira"*; que en el mismo término, instale *"dos tanques de reserva cada uno con capacidad de dos mil litros cúbicos"* y conduzca las aguas residuales del restaurante escolar hacia el pozo séptico o alcantarillado, *"de manera tal que no contamine y ponga en peligro la salud de los menores"*.

Para tomar tal determinación, el *a quo* hizo una breve descripción de la acción de tutela y un recuento de la jurisprudencia constitucional relativa a los derechos cuya protección le fue solicitada. Además, cotejó los datos suministrados por las autoridades accionadas y los recolectados directamente en la inspección judicial hecha al establecimiento educativo, lo cual le permitió concluir que *"el agua llega a dicho centro escolar en forma deficiente e irregular...su unidad sanitaria funciona en condiciones higiénicas y de salubridad no recomendables para la integridad física de los menores que estudian allí...sus aguas residuales no se encuentran conducidas en forma técnica, contaminando el ambiente y poniendo en peligro la salud de los niños"* y, finalmente, que es viable la protección de los derechos constitucionales fundamentales invocados, salvo el derecho a la seguridad social *"que no aparece amenazado, ni menos vulnerado"*.

2.- En el Expediente 119242.

a) El *A Quo*.

El Juzgado Promiscuo Municipal de Soracá (Boyacá), en sentencia proferida el 11 de junio del año en curso, concedió la acción de tutela iniciada por la Personera del mencionado Municipio, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ordenando *"que la Junta de Acción Comunal o su Comité(sic) de la vereda de Otro Lado...permitan el punto o servicio de agua, en la forma estipulada con el Alcalde de la administración pasada y como consta en sus compromisos que reposan en las actas"*, mientras se obtiene el pronunciamiento definitivo por parte de la jurisdicción competente o Corpoboyacá, ante las cuales deberá acudirse, advierte el *a quo*, dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de la providencia aquí reseñada.

Obedeció su decisión a considerar como fundamental el derecho a la salud de los niños estudiantes de la escuela de Puente Hamaca, no obstante no estar consagrado dentro del capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, siguiendo al respecto la orientación trazada por la Corte Constitucional en sentencias de tutela 571 de 1992 y 116 de 1993. De

igual manera los derechos a la recreación, educación y alimentación de los menores en cuyo favor actuó la Personera, reconociendo que, en principio, no es la Junta de Acción Comunal de la vereda de Otro Lado la llamada a satisfacer los derechos invocados, razón ésta para conceder su tutela transitoria, pero sin aceptar la excusa presentada por el Presidente de la junta para abstenerse de proporcionar el agua a la escuela, diciendo que el artículo 44 de la Constitución prescribe la prevalencia de los derechos de los niños.

Finalmente, la juez de primera instancia negó la tutela del derecho a la seguridad social, *"por no encontrarse amenazado o efectivamente vulnerado"*.

b) La Impugnación.

A cargo del Presidente del Comité de Suscriptores del Acueducto de la vereda de Otro Lado, quien expresó su inconformidad frente al fallo reseñado, argumentando que la acción de tutela se dirigió contra la Junta de Acción Comunal de la vereda mencionada, a quien, incluso, se le dictó la orden de suministrar el agua a la escuela de Puente Hamaca, sin tener en cuenta que el Acueducto de la vereda de Otro Lado no es dirigido ni administrado por esa junta, sino por el Comité de Suscriptores, *"es decir dos (2) personas jurídicas totalmente diferentes en cuanto a funciones y atribuciones"*.

Agrega que la negativa de la comunidad de Otro Lado a permitir que la escuela de Puente Hamaca reciba agua de su acueducto, no se debe al incumplimiento de los compromisos adquiridos por el exalcalde de Soracá, sino a la insuficiencia del acueducto para satisfacer las necesidades de las 120 familias que de él se surten, las cuales se verían injustamente afectadas con el requerimiento, definitivamente imposible de cumplir, de las 70 personas que integran la comunidad educativa de Puente Hamaca. Además, tacha de falsas las declaraciones de la Personera, en el sentido de que la zona donde se encuentra la escuela está deforestada y carece de fuentes cercanas de agua, *"pues es de conocimiento público que la vereda de Puente Hamaca tiene su propio acueducto y a la escuela de dicha vereda se le suministraron dos (2) puntos de agua, acueducto que está próximo a inaugurarse"*.

Para terminar su intervención, el Presidente del Comité de Suscriptores sostiene que en este caso existe otro mecanismo de defensa, cual es que la Personera Municipal acuda ante Corpoboyacá en busca de que las innumerables solicitudes de aumento del caudal autorizado al acueducto de la vereda de Otro Lado sean atendidas, para que puedan satisfacerse tanto las necesidades de los habitantes de esta comunidad, como las de quienes asisten a la escuela de Puente Hamaca, motivación que le permitió solicitar al *ad quem* no solamente la revocatoria de la sentencia impugnada, sino que *"se suspenda inmediatamente...por cuanto los usuarios de este acueducto se encuentran realmente enfurecidos y dispuestos a hacer respetar sus derechos adquiridos con su trabajo y esfuerzo personal y que puede terminar con un grave problema de orden público"*.

c) El *Ad Quem*.

Para revocar parcialmente el fallo impugnado, en el sentido de que la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de defensa de los derechos invocados y no como sim-

ple medio transitorio, ordenar a la Junta de Acción Comunal de la vereda de Otro Lado el suministro de agua a la escuela de Puente Hamaca en el término de 48 horas y al Alcalde Municipal de Soracá agotar las gestiones administrativas tendentes a la solución definitiva del problema, en un término máximo de tres meses, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja, a través de fallo expedido el 4 de julio de 1997, consideró a dicha Junta de Acción Comunal como una verdadera autoridad pública, susceptible de acción de tutela, en vista de que el artículo 1 del Libro I del Código Contencioso Administrativo, *"otorga el carácter de autoridad a las entidades que ejerzan funciones administrativas"*.

Manifiesta el juez de segunda instancia que los derechos invocados en la demanda son, sin lugar a duda, fundamentales, cuya violación es palpable en el caso *sub júdice*, teniendo en cuenta que la falta de agua es sinónimo de *"sed, desaseo, focos de contaminación y de infecciones, significa insalubridad, en fin, puede significar muerte"*, situación que ni más ni menos padecen quienes asisten a la escuela de Puente Hamaca, cuya falta de planeación ha sometido a su comunidad al lamentable y vergonzoso estado de *"realizar sus necesidades fisiológicas en cualquier parte y a la vista de todos cual si fuesen animales callejeros, como lo constató el a-quo en su visita de inspección judicial"*.

Responsabiliza el *ad quem* de la situación anteriormente descrita no solamente a la administración local de Soracá, quien ha fallado en grado sumo, sino en igual medida a la comunidad de la vereda de Otro Lado, observando que ésta ha faltado a su deber de solidaridad claramente dispuesto en normas de carácter superior, desatendiendo además el mandato constitucional relativo a la prevalencia de los derechos de los niños y, por si fuera poco, tratando el agua como un bien susceptible de dominio particular, cuando se encuentra claramente dispuesto por el orden jurídico como un recurso natural perteneciente a la Nación. Afirma que es perfectamente posible el suministro de agua a la escuela de Puente Hamaca, sin que se afecten de manera grave los intereses de los habitantes de la vereda de Otro Lado.

Fue insuficiente la protección dada por el juzgado de primera instancia, continúa el *ad quem*, puesto que en el presente caso se imponía conceder la acción de tutela de manera definitiva, que no como simple mecanismo transitorio, en vista de que no existen los mecanismos alternativos de defensa que la juez de primera instancia dijo encontrar a favor de los accionantes, pues si se refiere al proceso civil de constitución de servidumbre de acueducto, es necesario aclararle que en él se requiere de dos predios, el uno sirviente y el otro dominante, cuya titularidad es necesario probar y, teniendo en cuenta que ésta se encuentra en cabeza del municipio, muy difícilmente por su conducto obtendrán los menores estudiantes la protección de los derechos que solo el juez de tutela les puede proporcionar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

Primera. La Competencia.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, es competente para revisar los fallos de tutela reseñados, en vista de la selección efectuada por la Sala correspondiente y el reparto hecho al Magistrado Sustanciador por parte del Presidente de la Corporación.

Segunda. La Materia.

Cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 35 del decreto 2591 de 1991, por breves razones serán confirmadas las sentencias bajo examen, pronunciadas después de que esta misma Sala de Revisión revocara las determinaciones inicialmente tomadas por la Juez Promiscuo Municipal de Soracá (Boyacá), en el sentido de rechazar por improcedentes las acciones de tutela iniciadas por la Personera de dicho localidad, con el argumento de que no podía actuar en defensa de los derechos de los menores estudiantes de las escuelas de Rominguira y Puente Hamaca, porque no contaba con la delegación individualmente hecha a su favor por el Defensor del Pueblo[1].

a) Expediente T-119241.

El juzgado de única instancia dentro de este proceso, ordenó a la administración municipal de Soracá (Boyacá) que, en el término de treinta días, *"verifique las obras necesarias para que haya agua permanente en la escuela de Rominguira"*, se conduzca adecuadamente las aguas residuales y se aumente la capacidad de almacenamiento del líquido en la concentración educativa mencionada, basado en una inspección judicial cumplida en sus instalaciones, que arrojó los siguientes resultados:

"La escuela cuenta con servicio de agua, pero después de revisadas sus instalaciones se observa que este servisio(sic) *es muy insuficiente, por cuanto cuenta con un pequeño tanque de abastecimiento...para abastecer en forma muy regular a la unidad sanitaria...En cuanto al restaurante escolar, este tiene su respectivo lavaplatos, con su llave, llegando allí el servicio de agua, pero como se dijo antes muy deficiente...no hay canalización de las aguas residuales de la cocina del restaurante escolar"*[2].

Además, la juez de instancia consideró necesario valerse del dictamen de un perito, para determinar con mayor certeza la idoneidad de la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado en la Concentración Escolar de Rominguira, perito que conceptuó así:

"El servicio de agua lo hay pero no hay presión de este líquido para el abastecimiento, por cuanto cuando se abre la llave que queda al frente de la cocina del restaurante, no llega a la unidad sanitaria el servicio, en esta unidad también es muy deficiente. El tanque de reserva es muy pequeño para el número de alumnos, siendo necesaria la construcción de uno con más capacidad para suplir la deficiencia del líquido; la cocina del restaurante carece de alcantarillado, haciéndose indispensable la construcción de su respectivo desagüe, por cuanto todas las aguas pasan por un lado de los sanitarios"[3].

---

1 Ver auto del 21 de mayo de 1997, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
2 Folios 75 y 76 del expediente.
3 Folio 76.

Como con facilidad puede observarse, las medidas que ya debió adoptar la administración municipal de Soracá (Boyacá) por orden del *a quo*, conducen a superar la deficiencia en los servicios de acueducto y alcantarillado de la Concentración Educativa de Rominguira y, además, está suficientemente comprobado que la indebida prestación de los mismos es factor de alto riesgo para la salud de sus destinatarios, tal y como lo verificó esta Corporación en sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, en la cual quedó consignada una información sobre este tema, suministrada por la Facultad Nacional de Salud Pública Héctor Abad Gómez. Dice la sentencia citada que:

"En respuesta a varios interrogantes sobre la importancia de la salud publica y su vinculación con el derecho a la vida, el doctor John A. Flórez Trujillo, Vicedecano de la Facultad Nacional de Salud Publica Héctor Abad Gómez, sostiene que entre las causas principales de enfermedades diarreico-agudas se encuentran, 'en primer lugar la carencia de agua potable, y en segundo lugar la falta de una adecuada disposición de escretas (alcantarillado, pozos sépticos, tazas sanitarias). En 1984, agrega el doctor Flórez, la primera causa inmediata de mortalidad en niños entre 1 y 4 anos fueron las enfermedades infecciosas intestinales (en su mayoría enfermedades diarreicas). En la lista de las diez primeras causas también figura otra enfermedad asociada con el deficiente estado sanitario, la helmintiasis. La segunda enfermedad más importante que afecta a la población infantil son las infecciones intestinales'.

"El hecho de que la comunidad -concluye el doctor Florez- no tenga servicio de alcantarillado, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en un factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a dicha situación".

Luego, están presentes los elementos necesarios para que prospere la solicitud de tutela de los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física invocados por la Personera Municipal de Soracá, a saber: primero, riesgo inminente de daño en la salud de quienes se sirven de un acueducto y un alcantarillado insuficientes, al punto de que dicha situación pueda conducirlos a una enfermedad grave e, incluso, a la muerte; segundo, los menores estudiantes de la Concentración Educativa de Rominguira se encuentran sometidos a unos insuficientes, casi precarios, servicios de acueducto y alcantarillado; tercero, idoneidad de las medidas adoptadas para eliminar el riesgo señalado y, finalmente, fundamentalidad de los derechos invocados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política.

De otro lado, están los derechos a la educación, la alimentación equilibrada y la recreación, cuya necesidad de protección en este caso, surge de bulto con un somero análisis de algunas declaraciones allegadas al expediente, como la inicialmente rendida por la accionante, quien por escrito manifestó al juez de tutela que los alumnos deben hacer sus necesidades fisiológicas alrededor de la concentración, llegando a un estado tal la gravedad de la situación que *"en algunas ocasiones tuviéramos que suspender la jornada de trabajo a media mañana de pronto y bajarnos a charlar con las mismas autoridades"*[4], de acuerdo

4 Folio 74.

con la declaración rendida por el Director de la escuela.

Es evidente que los servicios sanitarios a los cuales no les llega el agua de manera continua y el desecho inadecuado de los residuos, de manera que se acumulen y no circulen hasta un destino lejano a quienes los dejaron, generan olores nauseabundos que impiden la permanencia de personas en los alrededores, como suficientemente lo muestra la declaración hecha por Director de la Concentración. ¿Cómo se puede someter a unos menores a estudiar al lado de la fetidez y de la propagación de enfermedades, durante una jornada escolar ordinaria, cuando difícilmente se capta su atención por pocas horas en condiciones ambientales adecuadas?

He ahí la violación del derecho a la educación de los menores estudiantes de la Concentración de Rominguira!, derecho que no solamente supone la posibilidad de obtener datos o conocimientos, sino la de alcanzar un desarrollo integral, en donde el educando pueda desplegar totalmente sus facultades físicas y mentales. El desarrollo de las facultades físicas, supone el acceso a espacios en los cuales pueda moverse con libertad e interactuar de diferentes formas con los demás, momento en el que el derecho a la educación se vincula con el derecho a la recreación de manera inescindible, al punto que la imposibilidad de recrearse conlleva la imposibilidad de educarse integralmente.

En materia del crecimiento y educación de los niños, los conocimientos en las edades infantiles llegan a través de la interrelación constante entre cuerpo y espíritu, siendo entonces evidente la limitación a la que se encuentran sometidos en este caso cuando tienen que vivir en medio de toda clase de excrementos y condiciones insalubres, de lo cual no pueden ser responsables sino los encargados de la administración municipal.

Ni hablar del derecho a la alimentación equilibrada, pues la insuficiente alimentación que las familias de los estudiantes pueden proporcionarles, era complementada con un refrigerio suministrado por el ICBF, cuya preparación, como la de casi toda la comida humana, requiere insustituiblemente del agua; entonces, los menores estaban en presencia de la afectación grave de una posibilidad de superar su bajo nivel nutricional, gracias a la incuria administrativa de quienes dirigen el destino del municipio de Soracá. En síntesis, había alimentos, pero no se los podía preparar; luego, la posibilidad de alcanzar el equilibrio nutricional a que se refiere la Constitución Política, les estaba siendo coartada a los menores accionantes y, por tal razón, estuvo bien concedida la tutela del derecho bajo examen.

En cuanto a la seguridad social, que fue otro de los puntos tocados por el fallo en revisión, esta Corporación en sentencia C-012 de 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la definió como el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad y el Estado, para garantizar a la población los servicios y condiciones de vida necesarios, cuando se presenta una pérdida o reducción importante de los medios de existencia, en razón de circunstancias ajenas a la actuación o voluntad de los afectados, y que tienen origen en riesgos sociales, relacionados principalmente con la actividad laboral, la imposibilidad de acceso al trabajo o el deterioro de las condiciones físicas o de salud de las personas.

Por disposición expresa del artículo 44 de la Constitución Política, la seguridad social

es un derecho constitucional fundamental de los niños. Aunque el carácter primigenio de este derecho sea más cercano al de aquellos conocidos como sociales, económicos y culturales, en razón de ser programático y prestacional[5], el Constituyente quiso sobreproteger excepcionalmente al sector más vulnerable de la sociedad colombiana, los niños, elevándolo al nivel de constitucional fundamental cuando ellos son sus titulares, lo cual, entre otras ventajas, cuenta con la de ser susceptible de amparo constitucional directo, o sea, sin necesidad de que su afectación suponga violación de un derecho verdaderamente fundamental (la vida, la integridad personal, etc.), como sucede con el resto de la población colombiana, para quien la tutela de este derecho solo procede por conexidad[6].

De acuerdo con lo anterior y como acertadamente lo sostuvo la juez de instancia, no existe amenaza o vulneración del derecho a la seguridad social de los menores estudiantes de la Concentración Escolar de Rominguira, pues en manera alguna se les ha privado de los servicios de asistencia para recuperar las condiciones necesarias de existencia, en el sentido señalado, razón por la cual se observa que la solicitud de protección de este derecho por parte de la Personera del Municipio de Soracá, obedeció más a ignorancia sobre su alcance que a verdadera necesidad de tutela.

Será confirmado en su integridad, pues, el fallo dictado por la Juez Promiscuo Municipal de Soracá (Boyacá), dentro del proceso T-119241.

b) Expediente T-119242.

El fallo de segunda instancia en este proceso, a cargo del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja y que confirmó parcialmente la decisión proferida por el *a quo*, consideró que la acción de tutela procedía como mecanismo definitivo de defensa de los derechos invocados, salvo del derecho a la seguridad social que no encontró amenazado ni vulnerado, y no como simple mecanismo transitorio, pues en realidad no existe medio alternativo de defensa para los menores estudiantes de la escuela de Puente Hamaca.

Atendiendo a la anterior reflexión, el *ad quem* decidió modificar la orden dictada por la Juez Promiscuo Municipal de Soracá, en el sentido de dar a la Junta de Acción Comunal de la vereda de Otro Lado, un plazo de 48 horas para que *"facilite la extracción del agua del acueducto que disfruta su comunidad con destino a la escuela de Puente Hamaca"*.

Efectivamente, el *a quo* omitió señalar claramente los mecanismos alternativos de defensa que supuestamente tenían a su disposición los menores accionantes, incumpliendo su deber de orientación y de motivación suficiente de la decisión tomada, limitándose a afirmar genéricamente que *"la presunta vulneración tiene otros medios judiciales y administrativos de defensa"*.

---

5 Según la sentencia SU-043 de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, el derecho a la seguridad social es programático y prestacional en tanto está condicionado por elementos de carácter económico, financiero y de disponibilidad fiscal y física, así como a su extensión legal, reglamentaria y convencional.

6 Al respecto, ver la sentencia T-491 de 1992, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La Sala en sede de revisión, de igual forma que el juez de segunda instancia, cuestiona la existencia de los mecanismos de protección de los derechos invocados, llegando a la misma conclusión de aquél, en el sentido de que tal afirmación es falsa y, por ende, comparte su decisión de proteger de manera definitiva a los estudiantes de la escuela de Puente Hamaca, agregando que la vulneración de sus derechos no es *presunta*, como parece entenderlo el *a quo*, sino que a lo largo del proceso logró demostrarse suficientemente o, de lo contrario, no hubiera procedido la tutela ni como mecanismo transitorio.

No obstante lo anterior, la orden adicional adoptada por el *ad quem* en el numeral tercero de su sentencia, consistente en que el Alcalde Municipal *"inicie las gestiones pertinentes ante las autoridades correspondientes"*, de tal manera que en un plazo no mayor a tres meses se llegue a la solución definitiva del problema de acueducto, alcantarillado y necesidades sanitarias de la escuela de Puente Hamaca, merece una precisión conforme a la jurisprudencia existente en esta materia, que permitirá garantizar la duradera efectividad de los derechos ya protegidos.

A juicio de la Sala, la mejor forma de prolongar en el tiempo la eficacia de tales derechos, es ordenando al Alcalde Municipal de Soracá que, en el término señalado por el *ad quem*, termine el acueducto ya iniciado, el cual, entre otras razones, se comenzó a construir precisamente para solucionar el problema de agua que sufría la escuela de Puente Hamaca y que se ha extendido por un período de más o menos ocho años. Estima la Sala que esta situación, muestra clara de negligencia y total falta de gobierno en dicha comunidad, no puede continuar; por tal motivo, en la parte resolutiva de la presente providencia se aclarará la orden dictada al respecto por el juez de segunda instancia, en el sentido de que el Alcalde Municipal de Soracá continúe con las gestiones administrativas que ya debió iniciar, para que, en el improrrogable término de tres (3) meses, el acueducto de la vereda de Puente Hamaca se encuentre totalmente terminado y funcionando.

Esta aclaración obedece a dos razones fundamentales: la primera, que dicho acueducto está en un 98% concluido y, por tanto, debe existir la apropiación presupuestal necesaria para culminarlo, en vista de que las obras públicas son planeadas con anterioridad a la iniciación de los trabajos, no siendo normal, entonces, que las que comenzaron hace bastante tiempo, como el acueducto de Puente Hamaca, no hayan sido aún terminadas por falta de dinero o por cualquier otro motivo diferente a la fuerza mayor o al caso fortuito, de los cuales, vale decir, no existe rastro alguno en este proceso; más cuando la situación vivida por la comunidad educativa de dicha vereda es totalmente alarmante, requiriendo desde hace mucho tiempo una solución definitiva, que no necesita sino la decisión y la competencia de una adecuada administración local.

La segunda, que el tema central de las decisiones judiciales contenidas en el expediente 119242 es, a no dudarlo, la afectación de la salud, la vida y la integridad física por carencia de agua potable y posibilidad de su adecuada eliminación, causadas por una obra inconclusa, el cual fue objeto de pronunciamiento anterior por parte de esta Corporación, en la sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, en cuya parte resolutiva se ordenó la terminación de la construcción de un alcantarillado en *"un plazo razonable que no exceda*

de tres meses", para que cesaran las molestias y perjuicios que se estaban ocasionando a los habitantes de un barrio de la ciudad de Cartagena, alcantarillado que, precisamente, se había dejado a medio construir. También dispuso la Corte en dicha oportunidad:

*"**TERCERO.** -En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad publica, **la doctrina constitucional señalada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades**, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991".*

Entonces, siendo fiel a la doctrina constitucional sentada por la Corte, vigente[7] porque ha sido reiterada en las sentencias T-539 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-244 de 1994, T-306 de 1994 y T-092 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, entre otras, y en aras de la seguridad jurídica y de la integración de la jurisdicción constitucional que, como es bien sabido, la componen todos los jueces de la República actuando como falladores de tutela, no obstante que ordinariamente atiendan asuntos penales, civiles, laborales o contencioso administrativos, la Sala se encuentra obligada a acoger en su integridad la orden emitida en 1992 por la Sala Primera de Revisión de esta Corporación, contenida en el numeral tercero de la providencia citada[8], disponiendo lo pertinente en la parte resolutiva del presente pronunciamiento.

Por otra parte, también es necesario precisar que no es la Junta de Acción Comunal de la vereda de Otro Lado la directamente responsable de la violación de los derechos de los menores accionantes, pues ello podría pensarse después de la lectura de los fallos de instancia, en tanto que, finalmente, es ella la obligada a satisfacer las necesidades sanitarias de la Concentración Educativa de Puente Hamaca. Debe quedar bien claro que la única agente de la violación de los derechos invocados, en tanto constitucional y legalmente obligada desde hace mucho tiempo a poner en funcionamiento el acueducto de marras, es la administración municipal de Soracá, quien, con la simple justificación de haberse *"presentado algunos inconvenientes con el acueducto...que estamos desarrollando"*, ha dejado iniciada una obra que la comunidad le pide a gritos.

La solución al presente conflicto, entonces, no obedece a la racionalidad de que la satisfacción de los derechos debe provenir única y exclusivamente del agente de su violación, sino más bien a la que se desprende de los deberes constitucionales entendidos como imperativos que vinculan a los particulares[9], siendo en consecuencia exigible a la comunidad de la vereda de Otro Lado en general, que verá levemente afectado su servicio de acueducto mientras se cumplen las órdenes impartidas, y a su Junta de Acción Comunal en particular, el deber de solidaridad social contenido en el artículo 95-2° de la Constitución Política.

---

7 En cuanto a la doctrina constitucional vigente, ver sentencia T-133 de 1995, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

8 Sobre el tema, ver el auto # 29 del 23 de julio de 1996, M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell, y las sentencias T-463 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-494 de 1992, M.P. Dr. Ciro Angarita Barón; C-083 de 1995, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz; C-367 de 1995, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, entre otras.

9 En cuanto a los deberes constitucionales como imperativos, ver sentencia T-125 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

No tiene relevancia el hecho de que los habitantes de la vereda de Otro Lado hayan construido el acueducto con *"su propio sudor y peculio"*, que conduce al impugnante a calificarlo como un *"acueducto totalmente privado"*, pues si se aceptase en gracia de discusión esta tesis, es necesario aclarar que aun la propiedad privada tiene una función social (artículo 58 superior) y, por ende, a sus titulares también les es exigible el deber constitucional mencionado.

En cuanto a la insuficiencia del acueducto para suplir las necesidades de los setenta menores que acuden a la escuela de Puente Hamaca, se impone resaltar que tales necesidades se satisfacerán en la medida de lo posible, estando sometidos a las mismas limitaciones que actualmente sufre la comunidad de Otro Lado quien, de todas maneras, no se encuentra al borde de la emergencia sanitaria y, por ende, puede cumplir con la orden impartida por el tiempo ahora reducido de tres meses, dentro del cual la administración municipal de Soracá debe resolver definitivamente el problema. Además, la evidencia de la posibilidad de cubrir dichos requerimientos, sin necesidad de desplazarse hasta el acueducto de Otro Lado para medir su caudal, como lo pidió el impugnante, surge del hecho de que esta comunidad haya permitido la instalación de la manguera para conducir el agua a la escuela de Puente Hamaca y solamente haya impedido la circulación del agua, cuando no le garantizaron obtener provecho del favor, en tanto que no se adquirió el lote de terreno en donde se encuentra la fuente de agua y no se obtuvo el incremento del caudal solicitado ante Corpoboyacá.

No hay nada más contrario al deber de solidaridad del artículo 95 superior.

Finalmente, es necesario aclarar que la orden de prestar el servicio de agua a la escuela de Puente Hamaca, corresponde al Comité de Suscriptores del Acueducto de la vereda de Otro Lado, organismo que, según su Presidente, es el encargado de la administración del servicio, sin que el hecho de que se hayan notificado la iniciación de esta acción y los fallos de instancia al señor Eutimio Gonzalez Rodríguez en calidad de Presidente de la junta, genere nulidad alguna, pues tanto ésta como el comité son representadas legalmente por esta persona, quien ha participado activamente dentro del proceso y, por ende, el organismo competente ha tenido suficiente participación en él y conocimiento de la decisión.

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 la sentencia del once (11) de junio de mil novecientos noventa y siete (1997), proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Soracá (Boyacá) dentro del expediente T-119241.

Segundo. CONFIRMAR el fallo del cuatro (4) de julio del año en curso, dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tunja (Boyacá) dentro del expediente T-119242.

Tercero. ACLARAR el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo de segunda ins-

tancia en el expediente 119242, en el sentido de que el servicio de agua para la escuela de Puente Hamaca, debe permitirlo el Comité de Suscriptores del Acueducto de la vereda de Otro Lado.

Cuarto. ACLARAR el numeral tercero de la parte resolutiva de dicho fallo, en el sentido de ordenar al Alcalde Municipal de Soracá que continúe con las gestiones administrativas que ya debió iniciar, para que, en el improrrogable término de tres (3) meses, contado a partir de la notificación de esta providencia, consiga la terminación total y puesta en funcionamiento del acueducto de la vereda de Puente Hamaca.

Quinto. LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-482
septiembre 29 de 1997

SINDICATO-Afiliado no es subordinado de una subdirectiva/**AUTONOMIA SINDICAL**-Estatutos regulan relaciones entre asociados

El afiliado a un sindicato no es un subordinado frente a una subdirectiva. Todos los militantes de la organización sindical están objetivamente en una relación horizontal. La autonomía sindical permite que sean los estatutos los que regulen las relaciones entre los asociados, todo ello enmarcado dentro del principio de igualdad.Si los mismos asociados eligen sus representates ello no quiere decir que los no electos pasan a ser subordinados de los elegidos.

SINDICATO-Inexistencia de indefensión por expulsión de asociado

No puede considerarse, en que el asociado a quienes sus compañeros expulsaron esté actualmente en condiciones de indefensión. Hay mecanismos dentro de la organización sindical para reclamar contra ese despido. No es dable a un juez de tutela examinar si se cumplió o no el reglamento. Otras vias procesales existen para definir el asunto.

MEDIO DE DEFENSA-Expulsión asociado de sindicato

La igualdad alegada no se aprecia violada porque quien es minoría en una subdirectiva sindical puede ser mayoría dentro del sindicato en su conjunto nacional, y el libre juego democrático no implica violación a la igualdad. En cuanto al debido proceso, si existen recursos contra la exclusión del sindicato deben ejercitarse adecuadamente, y mientras ello ocurre el debido proceso no puede decirse que se violó porque para eso está el trámite interno de un sindicato respecto del cual caben recursos en las instancias sindicales, instancias que le juez de tutela debe respetar. Y, no se puede decir que si otros piensan diferente, deben, bajo la libertad de conciencia invocada por el solicitante, someter su pensamiento a quien discrepe, todo lo contrario, la tolerancia es para ambas partes y las diferentes opiniones no afectan la libertad de conciencia.

Referencia: Expediente T-131081

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta

Accionante: Gustavo Antonio Sandoval Ramírez

Tema: Tutela contra particulares

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

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

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Fabio Morón Díaz, la Conjuez Susana Montes de Echeverry y Magistrado Alejandro Martínez Caballero quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro del expediente de tutela N° 131081 instaurado por Gustavo Antonio Sandoval Ramírez contra el sindicato de trabajadores de la electricidad de Colombia, subdirectiva de San Cayetano.

HECHOS

1. El ciudadano Gustavo Antonio Sandoval Ramírez instauró acción de tutela contra la referida Subdirectiva sindical en San Cayetano, porque en su sentir le vulneró los derechos de igualdad, a la libertad de conciencia y al debido proceso.

2. Fundamentó la acción en que la Central Termoeléctrica de Tasajero, su lugar de trabajo, está en proceso de privatización. Desde que se inició dicho proceso, los trabajadores sindicalizados se dividieron en dos grupos, cada uno con posiciones antagónicas en torno a cual ha de ser el mejor medio de defender sus derechos laborales. Un grupo del cual forma parte el accionante, solicita la reversión de los activos de la planta, por estimar que el gobierno no brinda ni las garantías ni las posibilidades reales para que los trabajadores accedan a la propiedad de la central térmica, como efectivamente ha sucedido a la fecha con la compra por parte de la empresa Corporal del 57% del total de las acciones; otro grupo en el cual está el representante legal de la subdirectiva sindical, adoptó una posición diferente.

3. El solicitante tomó partido en su sitio de trabajo, y por ello conversaba con los profesionales y el personal no sindicalizado. Por mantener esa relación, dice el solicitante, que

él y otros compañeros sufrieron la retaliación del grupo mayoritario, el cual, dentro de un proceso sumario, sin garantías procesales ni derecho de defensa según el solicitante, fueron expulsados del seno de la organización sindical.

4. Dice la solicitud que la expulsión es violatoria de derechos; y agrega que en escrito del 19 de noviembre pasado, el ente accionado le imputa como únicos cargos los de haberse reunido con los profesionales y el personal no sindicalizado de la empresa, lo cual, en su sentir, no es causal de expulsión como miembro de la organización sindical. Y que la sanción adoptada por la Asamblea de la Subdirectiva San Cayetano es ilegal por no haberse cumplido disposiciones procedimentales consagradas en el artículo 392 del C. S. de T., toda vez que no se realizó una votación secreta sino pública para decidir sobre la expulsión de los miembros que estaban siendo cuestionados por los demás integrantes de la Junta Directiva.

5. Agrega el solicitante que interpuso recurso de apelación ante la Junta Directiva Nacional de Sintraelecol, la cual, mediante Resolución N° 001 de 1997 suspendió la sanción de expulsión que le fue impuesta el 2 de diciembre de 1996 por la Subdirectiva de San Cayetano. Sin embargo, la subdirectiva por conducto de su Presidente, hizo caso omiso de dicha decisión, argumentando que aquella Junta no tiene competencia estatutaria para resolver en segunda instancia esta clase de recursos, función que compete con exclusividad a la Asamblea Nacional de Delegados.

Que sea la Junta Directiva Nacional o la Asamblea Nacional de Delegados la competente para decidir en segunda instancia el recurso, él y sus compañeros expulsados consideran que están suspendidos los efectos de la decisión primaria que adoptó la Asamblea General de Sintraelecol San Cayetano el día 2 de diciembre de 1996 hasta tanto quede en firme la providencia que resuelva la alzada.

6. El perjuicio inminente, según el solicitante, radica en que la subdirectiva SINTRAELECOL San Cayetano con su proceder eliminó las garantías sindicales, pues lo que pretende es excluirlo con los demás compañeros expulsados, de la inscripción de planchas para nuevas elecciones, desconociéndolos como afiliados al sindicato.

7. Aclara el solicitante que la decisión de la Junta Directiva de la Seccional es arbitraria e ilegal, porque aunque el artículo 41 de los estatutos reza que la Asamblea General es la máxima autoridad de la Seccional, ocurre que el artículo 17 ibídem estipula que es la Asamblea Nacional de Delegados el máximo organismo de dirección de la organización sindical.

8. Solicita la tutela que se ordene al señor IVAN EDUARDO GUERRERO DIAZ, presidente de la organización sindical SINTRAELECOL San Cayetano, que admita el nombre del actor dentro de la plancha que fue presentada por Héctor Pedrozo Querub, en la cual fue postulado como candidato a la Junta Directiva de dicho sindicato, cuyas elecciones se llevarán a cabo el día cuatro de marzo del año en curso.

9. El Tribunal Superior de Cúcuta, Sala Laboral, el 20 de febrero de 1997, tuteló al

accionante, dentro de la modalida de mecanismo transitorio. Se protegió el derecho fundamental al debido proceso, ordenando al Presidente de SINTRAELECOL, subdirectiva San Cayetano, señor Iván Eduardo Guerrero Díaz, que restablezca a Gustavo Sandoval en los derechos de que debe gozar todo afiliado a dicho sindicato, en especial, en el de elegir y ser elegido, para lo cual, debe permitir la inscripción de su nombre en la plancha de candidatos presentada por el ciudadano HECTOR PEDROZO QUERUB, a fin de que pueda participar en las elecciones a realizarse en marzo, orden judicial que deberá cumplir dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo y que surtirá efectos hasta tanto la Asamblea Nacional de Delegados no decida lo pertinente a la sanción impuesta al accionante.

Esta determinación la tomó el Tribunal pese a que el mismo Tribunal advierte que el solicitante se equivocó en los recursos que establece el estatuto del sindicato.

10. El fallo fue impugnado por el Presidente del sindicato accionado, quien advierte que el recurso de apelación debió interponerse por Sandoval ante la Junta Directiva Seccional que fue la que tomó la decisión primaria, lo cual no lo hizo, estando ya el término precluído y por ende, la decisión de expulsión debidamente ejecutoriada.

11. La Corte Suprema de Justicia, el 10 de abril de 1997, revocó la decisión del Tribunal con base en lo siguiente:

"La tutela impetrada por el ciudadano Gustavo Antonio Sandoval Ramírez, persigue fundamentalmente que se deje sin efecto, por los menos temporalmente, la decisión tomada el día 2 de diciembre de 1996 por la Asamblea General del sindicato de SINTRAELECOL, sub directiva San Cayetano, en la cual se le expulsó como sindicalista de la Corporación, hasta tanto la Asamblea Nacional de Delegados revoque o ratifique la sanción, conforme lo estipula el literal E del artículo 17 de los estatutos del ente accionado, y que como consecuencia, se le permita inscribir su nombre y participar en las elecciones que se llevarán a cabo el día 4 de marzo del año en curso, para aspirar a ocupar un cargo directivo en la junta.

Sea lo primero determinar, como se trata de una acción de tutela dirigida contra particulares, si el caso encuadra dentro de alguna de las situaciones que expresa y taxactivamente consagra el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y que son: a) cuando se encuentren encargados de la prestación de un servicio público; b) cuando su actuación afecte el interés colectivo; y c) cuando exista subordinación o indefensión del solicitante respecto del particular contra quien se instauró la acción.

En este asunto, se trata de una acción de tutela dirigida contra una persona jurídica particular que no aparece como encargada de la prestación de un servicio público, ni de la cual pueda decirse que con su conducta al excluir al accionante como miembro del sindicato "afectó grave y directamente el interés colectivo". Tampoco puede afirmarse que el excluido del ente sindical "se halle en estado de subordinación o indefensión" respecto de él, de su representante o de sus órganos competentes de actuación; tan es así que aquel ha acudido para la defensa de sus derechos a

otros órganos de la agremiación a la cual pertenece y está pendiente de la decisión de un recurso que interpuso.

En consecuencia, por lo antes comentado la tutela aquí promovida contra una persona jurídica privada al tenor del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 era improcedente y, por ende, no podía prosperar ni siquiera como mecanismo transitorio."

ASPECTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

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

B. TEMA JURIDICO A TRATAR

Como la Corte Suprema de Justicia sostuvo que en el presente caso no se está dentro de alguna de las tres circunstancias en que cabe la tutela contra particulares, será este tema el preferente porque si ello es así no habría para qué estudiar el fondo del problema.

Asiste toda la razón a la Corte Suprema cuando adoptó tal criterio en la sentencia porque bajo ningún aspecto se puede considerar que la subdirectiva sindical prestara un servicio público o que su conducta afectara grave y directamente el interés colectivo. En cuanto a la subordinación e indefensión, (tercera causal para la tutela contra particulares), tampoco se presenta en el caso concreto por las siguientes razones:

El afiliado a un sindicato no es un subordinado frente a una subdirectiva. Todos los militantes de la organización sindical están objetivamente en una relación horizontal. La autonomía sindical permite que sean los estatutos los que regulen las relaciones entre los asociados, todo ello enmarcado dentro del principio de igualdad.

Si los mismos asociados eligen sus representates ello no quiere decir que los no electos pasan a ser subordinados de los elegidos.

Tampoco puede considerarse, en el presente caso, que el asociado a quienes sus compañeros expulsaron esté actualmente en condiciones de indefensión. Hay mecanismos dentro de la organización sindical para reclamar contra ese despido. No es dable a un juez de tutela examinar si se cumplió o no el reglamento. Otras vias procesales existen para definir el asunto.

En conclusión: La igualdad alegada no se aprecia violada porque quien es minoría en una subdirectiva sindical puede ser mayoría dentro del sindicato en su conjunto nacional, y

el libre juego democrático no implica violación a la igualdad. En cuanto al debido proceso, si existen recursos contra la exclusión del sindicato deben ejercitarse adecuadamente, y mientras ello ocurre el debido proceso (con carácter constitucional en lo judicial y administrativo) no puede decirse que se violó porque para eso está el trámite interno de un sindicato respecto del cual caben recursos en las instancias sindicales, instancias que le juez de tutela debe respetar. Y, no se puede decir que si otros piensan diferente, deben, bajo la libertad de conciencia invocada por el solicitante, someter su pensamiento a quien discrepe, todo lo contrario, la tolerancia es para ambas partes y las diferentes opiniones no afectan la libertad de conciencia. Además, lo dicho por el solicitante en el sentido de que su expulsión se debió a pensar distinto a los directivos es una opinión que queda sin piso cuando el mismo señor Sandoval dice en su solicitud "en ningún momento de manera concreta se me ha informado en que consistió nuestro comportamiento para ameritar tan extrema sanción".

Es decir, bajo ningún aspecto se ve que, en el presente caso, se esté dentro de los presupuestos de tutela contra particulares, luego se escogió por el solicitante una via inadecuada para su reclamo.

Le asiste, pues, la razón a la Corte Suprema de Justicia.

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, del 10 de abril de 1997 y, consecuencialmente, NO conceder la tutela por ser improcedente en el presente caso.

Segundo.- Para los efectos del artículo 36 del Derecho 2591 de 1991, el Tribunal de origen hará las notificaciones y tomará las medidas adecuadas.

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

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

SUSANA MONTES DE ECHEVERRI , Conjuez

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. T-483
septiembre 29 de 1997

VIA DE HECHO-Carácter excepcional y restringido

Debe esta Corporación reiterar que la vía de hecho tiene un carácter excepcional y restringido, que sólo ocurre cuando el juez, al dictar una providencia, la adopta contrariando ostensiblemente el contenido o la intención de la ley o desconoce formalidades cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso.

DECLARACION EXTRAJUICIO EN ACTUACION ADMINISTRATIVA-Prohibición no se extiende a procesos judiciales/**FACULTADES EXTRAORDINARIAS**-Prohibición para reformar códigos

El Decreto 2150 de 1995 simplemente suprimió la presentación de declaraciones extrajuicio en las actuaciones administrativas. De su texto no se deduce que su intención haya sido la de derogar delito alguno; por eso el hecho punible -falsedad ideológica- mantiene su total vigencia, pues el legislador extraordinario no lo ha derogado ni expresa ni tácitamente. Además, porque como lo dispone el articulo 150-10° de la Constitución Política, y como lo ha reiterado esta Corporación el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la República no puede amparar en manera alguna la expedición o reforma de códigos. La no exigencia de declaraciones extrajuicio en actuaciones administrativas no altera de manera alguna la normatividad procesal pues, es claro, que su objetivo se limita a suprimir requisitos que se aplicaban en las actuaciones administrativas y no a regular los procesos judiciales.

DECLARACION EXTRAJUICIO-No se exigen en actuaciones administrativas para reconocimiento de un derecho

De acuerdo con lo dicho, el que no se exijan hoy en día declaraciones extrajuicio en las actuaciones administrativas para el reconocimiento de un derecho particular y concreto, no significa que las declaraciones extrajuicio hayan desaparecido del ordenamiento jurídico pues,lo que se ha suprimido es su exigencia en las actuaciones administrativas y no en los procesos judiciales. Tampoco puede afirmarse que la acción de consignar falsedades en documento público haya dejado de ser un delito.

TIPO PENAL-Verbo rector o principal/**FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO**-Verbos rectores

Cada tipo penal está compuesto, desde el punto de vista gramatical, por uno o varios verbos, pues son éstos los llamados a expresar la existencia, la acción o estado del sujeto de una oración. Este verbo dentro del tipo penal, rige o determina cuál es específicamente la conducta que debe ser sancionada; de allí que se hable del verbo rector o verbo principal del tipo. En el caso del delito de falsedad ideológica es claro que éste se conforma por dos verbos rectores: el primero, consiste en ***consignar una falsedad*** *en documento público que pueda servir como prueba; y el segundo, en* ***callar*** *la verdad en forma total o parcial, con respecto al documento público que se extiende.*

Referencia: Expediente T-134. 259

Peticionario: Josefina Flórez Encizo

Procedencia: Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá

Temas:

La vía de hecho.
La Constitución prohíbe conferir facultades extraordinarias al presidente de la República para reformar códigos.
La supresión de las declaraciones extrajuicio en las actuaciones administrativas no se extiende a los procesos judiciales.
El verbo rector de un tipo penal.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

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

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa -Presidente de la Sala-, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T-134.259, adelantado por la señora Josefina Florez Enciso en contra de la juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad por la supuesta vulneración de los derechos al debido proceso, a la favorabilidad penal y a la libertad.

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 Seis (6) de la Corte Constitucional escogió para efectos de su revisión, mediante Auto del 20 de junio del año corriente, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La peticionaria, actualmente recluida en la Escuela Penitenciaria "Enrique Low Murtra" de Santa Fe de Bogotá, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la libertad, al debido proceso, y la aplicación del principio de la favorabilidad penal, supuestamente vulnerados y desconocidos por la juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad al negarse a decretar la libertad de la primera por atipicidad sobreviniente de la conducta.

2. Hechos

La peticionaria fue procesada y condenada a la pena de cuarenta y seis (46) meses de prisión y suspensión en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período, por el delito de "falsedad ideológica en documento público" (Art. 219 Código penal), según providencias emitidas por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 15 de junio de 1994 y el 26 de abril de 1995, respectivamente.

Afirma la solicitante que para efectos de la tipificación de la conducta punible, las instancias correspondientes tuvieron en cuenta el hecho de que el ilícito fue perpetrado mediante la falsificación de unas declaraciones extrajudiciales, instrumentos públicos que la procesada expidió faltando a la verdad.

Luego del fallo de casación mencionado, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995, por medio del cual suprimió regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Dicho decreto, en su artículo 10, dispuso suprimir en las actuaciones administrativas el requisito de las declaraciones extrajudiciales para efectos del reconocimiento de los derechos particulares y concretos de los individuos, limitándose a prescribir que para tales efectos, habría de bastar la afirmación hecha por el particular ante la entidad pública, de ser titular del mismo.

Con base en dicha disposición, declarada exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-340 de 1996, la demandante procedió a solicitar a la juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la declaratoria de ineficacia de la sentencia condenatoria proferida en su contra, pues, dado que el surgimiento del Decreto 2150 de 1995 había suprimido las declaraciones extrajuicio como exigencias o requisitos probatorios ante la Administración Pública, en opinión de la actora se imponía la aplicación del principio procesal de la favorabilidad, en la medida en que la norma posterior había vuelto atípica la conducta desplegada por la incriminada, según las voces de los numerales 5 y 6 del artículo 51 de la Ley 65 de 1993.

Respecto de dicha apreciación dice la demandante: "Al desaparecer la exigencia de la presentación de las declaraciones (testimonios) extrajuicio para acreditar hechos ante la Administración Pública, es más, al prohibírselas, ellas dejaron de ser para la Administración Pública un medio de prueba eficaz, por habérselas prohibido legalmente, tanto que no son atendibles así las que aporte el interesado, porque son inoficiosas e innecesarias y resultan ineficaces (...) pero, así mismo, para el ámbito del hecho punible deviene el efecto de que la conducta concreta como la investigada y la sancionada en mi contra, dejó de ser típica, porque ya no se reúnen los elementos típicos del delito descritos en el artículo 219 del Decreto 100 de 1980, que fuera el que se dijo en su momento vulneré, de cometerse mediante declaraciones anticipadas ante juez y ellas con destino a servir como pruebas ante la Administración pública."

Sin embargo, la solicitud elevada por la peticionaria fue denegada por la juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, con el argumento de que, en tratándose de los requisitos suprimidos por el Decreto 2150 de 1995, "...lo que se prohibe es una exigencia, un requerimiento, cual es el de sumar a los requisitos que ordinariamente pide la entidad, el de obligar a los particulares a presentar declaraciones extrajuicio. Al suprimir directamente el legislador la exigencia de esta prueba anticipada cuando de actuaciones ante la administración se trata, no hace otra cosa que demandar de los servidores públicos el ejercicio de sus funciones, sobre la base de la buena fe de los administrados, pero ello no obsta para que si el administrado aporta el documento la entidad lo pueda hacer motu propio sin faltar a la verdad, lo importante para las entidades de la administración pública, es acatar la orden en el sentido de que no puede haber la exigencia señalada (...) se concluye con meridiana claridad que las declaraciones extrajuicio no han desaparecido como tales, lo que ha sido suprimido es el requisito de su exigencia por parte de entes administrativos cuando la actuación del usuario va encaminada al reconocimiento de un derecho particular".

La decisión adoptada por la juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad fue confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante Auto del 4 de junio de 1996, providencias estas que la peticionaria demanda en vía de tutela por considerarlas constitutivas de vía de hecho. En su concepto, "...el núcleo de mi petición reside en verificar si la conducta concreta a mí sancionada, la que se dijo cometí mediante unas declaraciones extrajuicio, que son en estricto sentido jurídico instrumentos públicos y no documentos públicos, declaraciones recogidas para aportar ante las autoridades administrativas como medios probatorios, repito, si esos hechos concretos desde el 5 de diciembre de 1995 habían, explícita o implícitamente, dejado de ser conducta punible, en concreto."

Por otro lado, el juez de tutela, el 30 de abril de 1997, le reconoció personería al doctor Luis Eduardo Montoya Medina, quien mediante escrito remitido a la Secretaria de esta Corte, el 4 de junio del año en curso, señaló que por voluntad del legislador la declaración extrajuicio ya no es un medio para cometer el punible reprochado a su representada (art. 219 del Código Penal -falsedad ideológica-), pues no es una conducta delictuosa ni típica y con esas declaraciones no se podría cometer ese delito. Por eso, "¿Cómo decir que no envuelve vía de hecho, inaplicar los mandatos como el de los artículos 1° y 10° D. L. 2150 de 1995,

por lo menos desde su vigencia, respecto de la accionante?".

3. Pretensiones

La demandante pretende que el juez de tutela ordene, al juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, la extinción de la pena impuesta por el h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá, confirmada por la Corte Suprema de Justicia, y, en consecuencia, ordenar su libertad inmediata y su rehabilitación.

II. ACTUACION JUDICIAL

Unica instancia

Mediante Sentencia del 13 de mayo de 1997, la Sala Civil del Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá decidió denegar el amparo pretendido por la demandante, por considerar que las providencias emitidas por la juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y por la Corte Suprema de Justicia no constituían vías de hecho, sino pronunciamientos con serio sustento jurídico, que sólo diferían de las apreciaciones hechas por la peticionaria en cuanto a la interpretación de los textos normativos involucrados.

Según el h. Tribunal, la tutela no es un mecanismo para revivir los debates jurídicos, más aún cuando, como en el presente caso, el peticionario ya ha hecho uso de los recursos que le concede la ley para defender su posición, como quiera que apeló la decisión de la juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ante la Corte Suprema de Justicia, fallo que fue confirmado.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. La vía de hecho.

Una vez más debe esta Corporación reiterar que la vía de hecho tiene un carácter excepcional y restringido, que sólo ocurre cuando el juez, al dictar una providencia, la adopta contrariando ostensiblemente el contenido o la intención de la ley o desconoce formalidades cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso[1].

Sobre el particular ha señalado esta Corporación:

---

1 Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

"Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela, cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona.

"(...) La vulneración de los derechos fundamentales por parte de los servidores públicos que actúan sin fundamento objetivo y razonable, y obedecen a motivaciones interna desconocen la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P., art. 5o.), la protección constitucional de los derechos fundamentales (C.P., art. 86) y la prevalencia del derecho sustancial (C.P., art. 228). En caso de demostrarse su ocurrencia, el juez de tutela deberá examinar la pertenencia del acto al mundo jurídico y proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados en el curso de una vía de hecho por parte de la autoridad pública".(Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión, Sentencia T-079-93 del 25 de febrero de 1993. M.P.: doctor Eduardo Cifuentes Muñoz).

Igualmente, esta Sala de Revisión ha expresado:

"La acción de tutela contra providencias judiciales procede, siempre y cuando la decisión contenga un fundamento arbitrario, caprichoso o abusivo por medio del cual se haya violado un derecho fundamental de la persona, es decir, se haya incurrido en "vías de hecho". En otras palabras, al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas, todo ello de acuerdo con los criterios que establezca la ley, y no de conformidad con su propio arbitrio" (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-435 del 30 de septiembre de 1994. M.P.: doctor Vladimiro Naranjo Mesa).

3. El caso concreto

La accionante solicitó a la juez 1ª de Ejecución de Penal y Medidas de Seguridad, accionada en el presente caso, que declarara la extinción e ineficacia de la condena, decretada por el h. Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá -Sala Penal- y confirmada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, argumentando que al haber sido suprimidas las declaraciones extrajuicio por el artículo 10° del Decreto 2150 de 1995, la conducta por ella realizada dejó de ser típica, dando con ello lugar a la extinción de la pena y a la ineficacia de la condena. Es decir, a juicio de la actora los hechos ilícitos por los cuales fue condenada han desaparecido y, por consiguiente, requirió que se aplicara el principio de favorabilidad y se ordenara su libertad incondicional.

Luego del análisis pertinente, la juez 1ª de Ejecución de Penas, se abstuvo de declarar la ineficacia de la sentencia condenatoria proferida contra la ex juez Josefina Florez Enciso como responsable del delito de falsedad ideológica en concurso homogéneo sucesivo (26 y 219 del Código penal (C.P.)), por considerar que los artículos 1° y 10° del Decreto 2150 de 1995, no derogaron la antijuricidad de la conducta punible mencionada. Siendo recurrida por la actora esta decisión, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 4

de junio de 1996, confirmó en todas sus parte la providencia del inferior, con base en el mismo razonamiento.

Por lo anterior, la señora Florez Enciso instauró acción de tutela al considerar que la juez 1ª de Ejecución de Penas dictó la decisión mencionada incurriendo en una vía de hecho, al no darle el alcance que ella pretende a los precepto contemplados en los artículos 1° y 10° del Decreto 2150 de 1995, que expresan:

*"**ARTICULO 1.- Supresión de Autenticaciones y Reconocimientos.** A las entidades que integran la Administración Pública les está prohibido exigir documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente."*
"..."

***ARTICULO 10.- Prohibición de Declaraciones Extrajuicio.** En las actuaciones administrativas, suprímese como requisito las declaraciones extrajuicio para el reconocimiento de un derecho particular y concreto. Para estos efectos, bastará la afirmación que haga el particular ante la entidad pública, la cual tendrá los mismos efectos y consecuencias de la declaración extrajuicio".*

Según la actora, explícita o implícitamente, ha dejado de ser conducta punible la de consignar falsedades en declaraciones extrajuicio.

Encuentra esta Sala de Revisión que la decisión de la juez 1ª de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento y confirmada posteriormente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no constituye una vía de hecho, por las siguientes razones:

1) El artículo 10° del Decreto 2150 de 1995 simplemente suprimió la presentación de declaraciones extrajuicio en las actuaciones administrativas. De su texto no se deduce que su intención haya sido la de derogar delito alguno; por eso el hecho punible -falsedad ideológica- mantiene su total vigencia, pues el legislador extraordinario no lo ha derogado ni expresa ni tácitamente. Además, porque como lo dispone el articulo 150-10° de la Constitución Política, y como lo ha reiterado esta Corporación en copiosa jurisprudencia, el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente de la República no puede amparar en manera alguna la expedición o reforma de códigos. Razón por la cual, aceptar la interpretación consignada en la demanda de tutela no sólo sería desconocer la doctrina constitucional en esta materia, sino, además, desconocer el artículo 150-10° de la Carta Política[2].

Sobre el particular expresó la Corte Constitucional:

"En efecto, abundante ha sido la jurisprudencia de esta Corte en el sentido de exigir con el mayor rigor el acatamiento a lo establecido por el artículo 150, numeral 10, de la Constitución, que prohibe radicalmente el otorgamiento de facultades extraordinarias para expedir o reformar códigos" (Cfr. Sentencia C-340 de 1997. M.P.: Dr.

2 Cfr. Sentencias No. C-416 del 18 de junio de 1992; C-514 del 1° de septiembre de 1992; C-132 del 1° de abril de 1993; C-039 del 9 de febrero de 1995, entre otros.

José Gregorio Hernández Galindo).

2) La interpretación que pretende la accionante se le confiera en relación con los artículos 1° y 10° del Decreto 2150 de 1995, es contraria a derecho, toda vez que la no exigencia de declaraciones extrajuicio en actuaciones administrativas no altera de manera alguna la normatividad procesal pues, es claro, que su objetivo se limita a suprimir requisitos que se aplicaban en las actuaciones administrativas y no a regular los procesos judiciales. Así lo interpretó esta Corporación en la Sentencia C-340 del 1 de agosto de 1997, al señalar:

"(...) la sola lectura de los artículos 1 y 10 del Decreto 2150 de 1995 confiere certidumbre en el sentido de que para nada modifican ni alteran la normatividad procesal en materia civil, **pues su objeto no es el de regular los procesos judiciales sino el de introducir en la legislación los correctivos indispensables para que los trámites administrativos se sujeten, según lo dicho, a los postulados constitucionales.**

"Si de lo que se trata es de prohibir unas ciertas exigencias "a las entidades que integran la Administración Pública" y de suprimir requisitos que se venían aplicando en las actuaciones ante las mismas, así consistieran ellos en documentos de origen judicial, resulta palmario que el legislador no penetró en el ámbito propio de las ritualidades procesales conducidas por los jueces y, entonces, este cargo carece de todo fundamento". (Cfr. Sentencia C-340 de 1997. M.P.: doctor José Gregorio Hernández Galindo).(Negrilla fuera de texto).

3) De acuerdo con lo dicho, el que no se exijan hoy en día declaraciones extrajuicio en las actuaciones administrativas para el reconocimiento de un derecho particular y concreto, no significa que las declaraciones extrajuicio hayan desaparecido del ordenamiento jurídico pues, se repite, lo que se ha suprimido es su exigencia en las actuaciones administrativas y no en los procesos judiciales. Tampoco puede afirmarse que la acción de consignar falsedades en documento público haya dejado de ser un delito. Atreverse a afirmar que el artículo 10° del Decreto 2150 de 1995 derogó tácitamente la conducta de consignar falsedad en documento público, no es otra cosa que pretender manipular el ordenamiento jurídico y, además, desconocer el contenido de la sentencia de esta Corporación, ya citada.

Por otro lado, cada tipo penal está compuesto, desde el punto de vista gramatical, por uno o varios verbos, pues son éstos los llamados a expresar la existencia, la acción o estado del sujeto de una oración. Este verbo dentro del tipo penal, rige o determina cuál es específicamente la conducta que debe ser sancionada; de allí que se hable del verbo rector o verbo principal del tipo. En el caso del delito de falsedad ideológica consagrado en el artículo 219 del C.P., es claro que éste se conforma por dos verbos rectores: el primero, consiste en **consignar una falsedad** en documento público que pueda servir como prueba; y el segundo, en **callar** la verdad en forma total o parcial, con respecto al documento público que se extiende. Tal como quedó plasmado en las distintas instancias judiciales que conocieron el proceso penal de la señora Florez Enciso, ésta efectivamente consignó falsedad en documento público al suscribir declaraciones extrajuicio, autorizándolas como juez, sin que los declarantes comparecieran a su Despacho, sin

recibir juramento, sin practicar interrogatorio alguno, sin constatar lo expresado por las personas, ni mucho menos analizar la veracidad de las firmas que allí se estampaban, llegando al extremo de certificar a ciegas, pues ni siquiera se preocupaba ya por conocer personalmente a los deponentes ni cerciorarse de su existencia física, ni comprobar si se trataba de personas hábiles para declarar. En otras palabras, el verbo rector del delito -consignar una falsedad[3]- coincidió perfectamente con la conducta ejecutada por la accionante; así como también coincidieron todos y cada uno de los elementos exigidos en el tipo penal.

Por las anteriores razones, no existe por parte del accionado, juez 1ª de Ejecución de Penas de Santa Fe de Bogotá, ni de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la decisión de aquél, un error ostensible, flagrante y manifiesto[4] que constituya una vía de hecho, pues al confirmar la existencia del tipo penal, por el cual se le condenó a la accionante, la decisión fue ajustada a derecho, de tal forma que no podían prosperar las pretensiones de aquella y de su apoderado. Como quedó explicado, en este caso no existe ninguna derogación sobreviniente del tipo penal, ni ningún eximente de responsabilidad que libere a la ex juez de su comportamiento ilícito, debidamente demostrado en el juicio penal.

Son éstas, pues, razones para confirmar el fallo de tutela proferido por el h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Civil- , el 13 de mayo de 1997.

DECISION

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

RESUELVE :

Primero: CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia proferida el 13 de mayo de 1997 por el h. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá -Sala Civil-, en el proceso de tutela incoado por la señora Josefina Florez Enciso pero por las razones expuestas en la parte motiva de este Fallo.

Segundo: ORDENAR que, por la Secretaría General de la Corte Constitucional, se comunique esta providencia en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado Ponente

---

3 Cfr. Folio 178.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-439 del 15 de septiembre de 1997. M.P.: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIAS DE TUTELA DE SALA PLENA SEPTIEMBRE 1997

SENTENCIA No. SU-442/97
septiembre 16 de 1997

DERECHO AL AMBIENTE SANO-
Procedencia de tutela por conexidad con derechos fundamentales

No obstante que la acción de tutela ha sido consagrada para proteger los derechos constitucionales fundamentales de carácter individual, es procedente intentar esta, cuando se trata de la presunta vulneración o amenaza de un derecho relativo al ambiente sano, pues en estos casos, en presencia de la conexidad de los derechos colectivos y fundamentales vulnerados, prevalece la acción de tutela sobre las acciones populares, convirtiéndose así en el instrumento judicial adecuado para el amparo oportuno de los derechos amenazados.Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991, el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona, ya que en tales circunstancias, dicho derecho es susceptible de ser protegido, como se ha expuesto, a través del ejercicio de la acción de tutela.

SERVICIO PÚBLICO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL.-
Responsabilidad estatal de prestación efectiva.

Del mandato constitucional consagrado en el Artículo 79, se colige que es responsabilidad del Estado atender y garantizar la prestación efectiva del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Todas esas obligaciones están dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general.

DERECHO A LA VIDA. Derechos derivados tienen carácter de fundamentales por conexidad.

Si el derecho a la vida es fundamental, los derechos que esencialmente se derivan de él, como la salud, también lo son necesariamente bajo ciertas condiciones, y en razón de su conexidad, emergen como fundamentales cuando su amenaza o vulneración representan peligro o daño al derecho a la vida, de manera que es preciso ampararlo para proteger aquél.

DERECHO A LA SALUD Tratamiento de aguas residuales

DERECHO A LA SALUD Ausencia de agua potable

DERECHO A LA SALUD Problemas ambientales en Santa Marta/**Derecho al ambiente sano** Contaminación en el Distrito de Santa Marta

LICENCIA DE CONSTRUCCION Suspensión de otorgamiento en bahía

LICENCIA DE CONSTRUCCION Implicaciones de su otorgamiento.

Como lo ha expresado esta Corporación el otorgamiento de una licencia de construcción implica por parte de las autoridades administrativas, un estudio previo y responsable respecto de la posibilidad de garantizar la debida prestación de los servicios necesarios para gozar del derecho a una vivienda digna. Por ello la Corporación dispuso suspender por un término determinado, el otorgamiento indiscriminado de licencias de construcción, en razón de no haberse adoptado las medidas requeridas para la prestación de los servicios públicos esenciales.

LICENCIA DE CONSTRUCCION Exigencia de viabilidad ambiental.

DERECHO AL AMBIENTE SANO Construcción o reubicación de botadero de basura

DERECHO AL AMBIENTE SANO Partículas de carbón en el aire.

Referencia: Expedientes T-120.950 y T-124.621 (acumulados)

Demandantes: Francisco Escobar Silebi, Jorge Eduardo Escobar Silebi y Otros contra el Alcalde del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, el Gerente de la Compañía del Acueducto y Alcantarillado Metropolitano de Santa Marta S.A. E.S.P. -METROAGUA-, las empresas de servicios públicos domiciliarios de aseo, denominadas ESPA e INTERASEO y el Director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG.

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

Santa Fe de Bogotá, D.C., Septiembre dieciseis (16) de mil novecientos noventa y siete (1997).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 y 36 del Decreto 2591 de 1991, procede la Sala Plena de la Corte Constitucional, a decidir las acciones de tutela, cuyos expedientes fueron seleccionadas y acumuladas por la correspondiente Sala de Selección de la Corte Constitucional.

ANTECEDENTES

Los procesos materia de revisión constitucional por parte de esta Corporación fueron radicados bajo los números 120950 y 124621 a los cuales se hace referencia en la forma que a continuación se relaciona:

I. Expediente No. T-120.950

Los ciudadanos Francisco Antonio Escobar Silebi y Otros, promovieron acción de tutela ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, en defensa de los derechos fundamentales a la salubridad pública y al medio ambiente sano, que según ellos fueron vulnerados por las autoridades distritales de Santa Marta, relacionadas en la referencia.

HECHOS :

Son hechos que fundamentan la demanda, los siguientes:

1. Con el transcurso de los años, la presión sobre los ecosistemas aledaños a la ciudad de Santa Marta, se ha incrementado de tal manera que no solo altera el paisaje, sino que también agota o reduce la posibilidad de aprovechamiento sostenible de los mismos.

2. Por esa razón, se ha perdido "su fulgor, poniendo hoy en peligro inminente su riqueza natural, su valor paisajístico, su potencial turístico, la salubridad pública, el espacio público y la vida digna y saludable de sus habitantes o de quienes la visitan".

3. Mediante escrito dirigido a la Dirección General de CORPAMAG, los demandantes formularon una serie de inquietudes acerca de los vertimientos de las aguas residuales del sistema de alcantarillado de la ciudad, así como del manejo y tratamiento de los desechos sólidos o basuras, las cuales no fueron atendidas en debido forma, "maniobrando las respuestas de un modo artificioso", de la siguiente manera:

4. Con respecto al vertimiento de las aguas residuales del sistema de alcantarillado, expresan que no hay respuesta frente a las bahías de Bello Horizonte, Pleno Mar, Gaira, Taganga y el Laguito. Afirman que la cobertura del sistema de acueducto y alcantarillado es del 85% y 63% respectivamente, con deficiencias en la calidad del suministro de agua y cobertura de la red de alcantarillado.

5. En la respuesta no se menciona si existe tratamiento previo para los vertimientos y señalan que estos se hacen en forma directa.

6. Al respecto, el representante de CORPAMAG sostiene que "actualmente sobre las partes bajas de los ríos Manzanares y Gaira, la bahía de Santa Marta y el Balneario de El Rodadero, se presenta el vertimiento directo de aguas residuales, estimadas en 600 lts/seg. de la siguiente manera:

"En la bahía de Santa Marta (en el sitio el boquerón), se descargan parcialmente las aguas recolectadas en la ciudad y las procedentes de El Rodadero, cuyo caudal es aproximadamente de 600 lts/seg.

En el Río Manzanares desemboca en la parte sur de la ciudad, recolecta a cielo abierto 50 lts. aproximadamente de aguas residuales domésticas de gran parte del sur de la ciudad.

El Río Gaira que desemboca al sur del Rodadero recolecta cerca de 25 lts. de aguas residuales procedentes de la parte sur de Gaira".

"Corpamag viene avanzando con Metroagua en la legalización de los vertimientos del sistema de alcantarillado a la Bahía. Como resultado de esta gestión en el Distrito de Santa Marta se ha logrado la implementación de sistemas de tratamiento en las industrias principales las cuales se relacionan a continuación".

7. Así mismo, señalan que CORPAMAG hizo referencia a un estudio realizado en la década anterior, sobre la situación de vertimientos y contaminación en la zona costera de la ciudad, que aunque no precisa la cobertura del mismo, indica lo siguiente:

"En la bahía de Santa Marta y sector marítimo adyacente se produce la descarga de aguas negras procedentes del distrito de Santa Marta sin ningún tipo de tratamiento previo. Por lo anterior según Cruz y Ramírez (1990), estas descargas de aguas servidas representan una fuente importante de material orgánico, nitratos, fosfatos y otros componentes químicos contaminantes, así como de bacterias coliformes y bacterias patógenas fecales. La anterior situación evidencia la posible peligrosidad de los sectores de baño próximos a la influencia de los sitios de descarga permanente de aguas negras que en la bahía no solo se ubican en el sector de El Boquerón, sino también en la zona portuaria, desembocadura del río Manzanares, sectores de la playa urbana ubicados frente a las calles 10 y 22 con carrera primera, donde descargan emisarios de aguas pluviales y/o combinadas" *(negrillas y subrayas fuera de texto).*

8. En relación con el sistema de acueducto, aprovechamiento de aguas, concesiones, cantidades, y calidad de este bien natural fundamental para la vida, resaltan del manifiesto suscrito por CORPAMAG los siguientes apartes:

"El sistema actual de acueducto se abastece aproximadamente en un 57% de las aguas superficiales provenientes de los ríos manzanares, río piedra y gaira; con base en estimativos de caudal la oferta de las aguas superficiales tratadas es de 820 lts/seg. los cuales tienen tratamiento en la planta de Mamatoco y el de la planta de

El Roble. El restante 47% corresponde a aguas subterráneas que son captadas en los pozos construídos sobre los acuíferos del Cundi, Tamaca y Gaira, los cuales solo reciben tratamiento de desinfección, debido a las pérdidas de aguas registradas por Metroagua, estimadas en el 50%. La población actual es atendida con racionamientos periódicos".

9. Destacan así mismo, que con respecto a la situación del acueducto del Distrito de Santa Marta, las preguntas formuladas no fueron absueltas en su totalidad, puesto que no se indicaron las cantidades de agua recuperable por cada punto de aprovechamiento, la calidad de las mismas, si son o no aptas para el consumo humano, etc. Por ello, concluyen que el servicio de acueducto no se presta en condiciones de eficiencia.

10. Por su parte, en cuanto a la solicitud que uno de los accionantes hizo a METROAGUA sobre la estimación o alcance aproximado a la problemática de vertimientos y del sistema de alcantarillado, se obtuvo entre otras, la siguiente información:

"Debido al crecimiento desordenado que se ha venido presentando en el sector turístico de El Rodadero, el cual ha carecido de una planificación acorde a las necesidades de sus habitantes, lo que viene provocando insuficiencia en las redes existentes, generando continuos y frecuentes rebosamientos y desbordamientos de aguas negras, tanto en el Rodadero como en el corregimiento de Gaira. Tal situación ocasiona un detrimento en el medio ambiente porque produce una contaminación visual y física que atenta contra la salud de sus habitantes" *(negrillas y subrayas fuera de texto).*

11. De otro lado, se expresa en la misma respuesta que "actualmente las aguas negras de Santa Marta, Gaira y El Rodadero se vierten en la zona conocida como El Boquerón, localizada en la parte posterior de la sociedad portuaria. Por la configuración actual del sistema de alcantarillado de Santa Marta, se hace difícil optar por un sistema de tratamiento que utilice lagunas de oxidación y/o reducción debido a que sería necesario rebombear las aguas en un área extensa alejada del casco urbano, teniendo en cuenta los efectos de tipo ambiental; **de tal manera que se está planteando la construcción de un emisario submarino; con este fin se están haciendo contactos con ingenieros cubanos**..." (negrillas y subrayas fuera de texto).

12. Referente al vertimiento de aguas servidas a los ríos Manzanares y Gaira, se indica que "actualmente en la ribera de estos ríos han sido invadidas por gentes de bajos recursos las cuales carecen de servicio de alcantarillado, por lo tanto arrojan sus desechos y aguas negras al río, contaminando el cauce del mismo. Por su parte, el sector denominado Rodadero Sur carece de sistema de alcantarillado y el manejo de las aguas servidas se realiza por medio de pozos sépticos".

13. Por lo anterior, los accionantes concluyen que "los vertimientos son directos, sin tratamiento alguno, e ilegales; además, es necesario contrastar lo informado por METROAGUA con el estudio de INVEMAR que más adelante se muestra en la presente acción".

14. En relación con el funcionamiento del acueducto, aportan una serie de cifras y datos que los lleva a señalar que "la insuficiencia de la cobertura del acueducto, en virtud de que las pérdidas alcanzan el 50% de los caudales aprovechados, sumados a la disminución que ocurre en época de verano, indica que el servicio a más de precario (30% real aproximadamente), incumple los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que nos ilustra la Constitución Política, lo cual no se compadece con lo dictaminado por el Consejo Nacional Ambiental con respecto a la cultura del agua potable que nos presume en virtud de la Sierra Nevada como zona de alta disponibilidad de agua potable".

15. De otro lado, agregan los actores que "en la brevísima respuesta obtenida de ESPA, se observa el incumplimiento de las disposiciones sanitarias, ambientales y en especial sobre manejo de desechos sólidos y emisiones atmosféricas insanas en virtud de la quema de basuras. Dicha respuesta fue reiterada por ESPA e INTERASEO, mediante ejercicio posterior del mismo derecho de petición, respuesta en la que observamos que **no existe plan de manejo ambiental ni licencia ambiental para dicha actividad** que se desarrolla en predios aledaños a la zona de recarga de acuíferos de la ciudad o lugares donde surcan los caños que recargan dichos acuíferos, lo cual hace aún de más riesgo la actividad por el lavado de basuras en épocas de invierno y de lluvias, aguas que se infiltran a las subterráneas que luego se aprovechan para el acueducto. **El manejo ambiental del basurero es precario o inexistente lo cual pone en riesgo la salud y la vida de las mismas personas que laboran allí, incumpliéndose las normas constitucionales y ambientales**" (negrillas y subrayas fuera de texto).

16. Igualmente, señalan que la entidad INVEMAR respondió lo siguiente en relación con lo anterior:

*"La descarga de aguas servidas a las aguas costeras del municipio **genera básicamente contaminación bacteriana**. Los estudios bacteriológicos no son abundantes, pero se ha establecido en mediciones previas de Escobar (1988) y otras más recientes (septiembre de 1995) realizadas en cuatro estaciones costeras (Boquerón, Boca del Rio Manzanares, a la altura de la calle 10 y a la altura de la Calle 22), que la Bahía de Santa Marta presenta niveles altos de coliformes (hasta 24000/100 ml como NMP); se identifica como es de esperar, al Boquerón como el sector más contaminado bacteriológicamente. **Además, se encontraron en todos los sectores de la bahía escherichia coli y streptococcus fecalis, como indicadores de presencia de bacterias patógenas**" (negrillas y subrayas fuera de texto).*

17. Por consiguiente, expresan que ante este dictamen, "el hecho de la presencia de bacterias patógenas en la bahía nos muestra claramente la peligrosidad de la situación y nos advierte que ya el mar no actúa como diluyente, ni bactericida, exponiendo a los bañistas al peligro de contraer salmonellas y otras enfermedades (enteritis), así como nos evidencia la presencia de metales pesados en los recursos ictiológicos, que por cierto son transmisibles al ser humano ocasionando estragos para la salud y ponen en riesgo la vida misma".

18. Además, indican que es conocida por todos los habitantes de la ciudad la situación de rebosamiento continuo de la red de alcantarillado, que se caracteriza por la insuficiente

cobertura, **advirtiendo que "dentro de las limitaciones descritas, es notoria la caótica y crítica situación ambiental del centro de la ciudad, así como de sus barrios populares, sitios como las calles 1 a 20 con carreras 1 a 8 muestran los continuos rebosamientos de las redes, donde emergen aguas negras que se canalizan superficialmente por las calles y andenes de la ciudad, además de poner en alto riesgo de contaminación los distintos acuíferos de la ciudad**" (negrillas y subrayas fuera de texto).

19. Igual situación se presenta, según ellos, en las zonas de la avenida El Libertador donde existen barrios que no cuentan con sistemas de recolección de aguas negras. "*Basta contemplar la cobertura de la red de alcantarillado que nos informa la Sociedad Metroagua, entendida en el número de barrios que cuentan con el insuficiente sistema frente al número total de los mismos. Es decir, la cobertura no es representativa para el crecimiento urbano que ha comportado el Distrito en los últimos años, ni mucho menos abarca la totalidad de los barrios existentes, y ni siquiera el mercado público el cual debe ser ejemplo de higiene, lo cual deja al abandono y a la suerte de los habitantes la obligación que sí tiene constitucional y legalmente la administración distrital*".

20. Así mismo, observan que zonas como El Rodadero Sur, Gaira, Bello Horizonte y Taganga se encuentran abandonadas a su suerte y expuestas a los contínuos rebosamientos, infiltraciones de pozas sépticas en los acuíferos existentes, contaminación ambiental, lo que ocasiona riesgos a la salud y por tanto a la vida humana.

21. Agregan, que no existe control sobre emisario de vertimiento alguno por parte de METROAGUA-DISTRITO, ESPA-DISTRITO, CORPAMAG, ni sobre los particulares que pueden encontrarse en los sectores antes indicados, así como en el sitio denominado "El Laguito", ubicado en el Balneario del Rodadero, y en el canal artificial que interconecta al mar con dicho lugar: ni las autoridades mencionadas, obligan a conectarse a las pocas redes existentes, ni mucho menos a realizar los tratamientos previos ordenados por la ley, dado que las mismas autoridades continúan de manera ilegítima incumpliendo dichas normas y permitiendo la desaforada urbanización de zonas que no poseen condiciones mínimas de disponibilidad de servicios públicos domiciliarios, como los de acueducto y alcantarillado, además del servicio de electrificación.

22. Por su parte, el accionante Wilfredo Díaz, sostiene que la ciudad no cuenta con un sistema de recolección de aguas pluviales, las cuales se fusionan con las afluentes y las que se rebosan de las alcantarillas y recorren las calles como canales contaminantes, que ponen de igual forma en riesgo, la salud, la integridad física, la vida y bienes de los habitantes, a más de impedir el disfrute de un ambiente sano, siendo este otro de los aspectos que inciden en la problemática de los drenajes pluviométricos, la carencia absoluta de canales que intercepten las aguas, evitando que ellas se concentren después de las precipitaciones en el centro antiguo e histórico, y en la zona norte.

23. Para el efecto, expresa que "*ninguna autoridad ha puesto coto a esta situación ni muestra interés real en solucionar la problemática, que de no tomarse las medidas pertinentes en forma inmediata pondrán en situación de irreversibilidad la garantía constitucional al ambiente sano, a la salud, a la vida, y a los demás derechos que se vulneran direc-*

ta o conexamente con las omisiones señaladas, entre las que se destaca la falta de planeación de la ciudad, la cual no sólo crece en forma desordenada, sino de manera irresponsable sin prestación de servicios públicos domiciliarios, sin exigencia de requisitos mínimos para el otorgamiento de las respectivas licencias de construcción, sin ordenamiento en cuanto a usos del suelo se refiere, sin la intervención en forma legal y rigurosa de la máxima autoridad ambiental, la cual no ha exigido el cumplimiento de los decretos 1541 de 1978 y 1594 de 1984, y donde la administración distrital no paraliza las actividades que atentan contra la estabilidad ambiental del distrito y que directamente afectan los derechos fundamentales antes enunciados".

24. En razón de lo anterior, resaltan la insuficiente cobertura tanto de acueducto como de alcantarillado, sistemas vitales para garantizar la calidad de la vida humana. Además, agregan que desde principios de este año (1996) se ha emprendido la acción por parte del Distrito y de METROAGUA para ensanchar las redes de alcantarillado, pero tan solo en algunos sectores, ocasionando molestias a la ciudadanía por la mala planeación y ejecución de la obra sin ningún tipo de manejo ambiental, sanitario o de señalización siquiera de tránsito vehicular, destrozando principales vías de la ciudad.

25. Del mismo modo, precisan que el 18 de octubre de 1996 la ciudadanía padeció por incontrolable repetición, la inundación de la ciudad; un aguacero de 4 horas advirtió la carencia de sistemas de recolección de aguas pluviales, insuficiencia de redes de alcantarillado, rebosamiento de las mismas y carencia total de servicios públicos eficientes de acueducto y alcantarillado, que ocasionó pérdidas incalculables que rebasan la pasividad e indolencia de las autoridades.

26. Por su parte, el ciudadano Rafael Granados, accionante en este proceso, señala que en su vivienda la calidad del agua no es la óptima, ya que con base en pruebas realizadas a las redes de servicios que abastecen su domicilio, se encuentra una alta concentración de coliformes, por lo que no puede consumir el agua que le es distribuida por el sistema de acueducto, y que "en horas de la mañana el olor que expiden las llaves de agua es nauseabundo"; del mismo modo, expresa que las alcantarillas se rebosan contínuamente al interior de su hogar, al igual que en barrios como Gaira, Pando, María Eugenia, Américas, Pescadito y otros de la ciudad, en especial en época de lluvias.

27. Finalmente, manifiestan que durante cuatro años de seguimiento que incluyen desde 1992 hasta 1995, se encuentra que las enteritis y otras enfermedades diarréicas ocuparon la quinta causa de morbilidad en consulta externa entre 183 motivos de consulta. Así mismo, según la información suministrada, las enfermedades de la piel y del tejido celular subcutáneo ocuparon la novena causa de morbilidad en consulta externa, dejando entrever que los problemas de saneamiento básico y de degradación ambiental de la ciudad y de sus bahías influyen directamente sobre la salud y la calidad de vida de los habitantes y transeúntes de Santa Marta.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS :

Por los graves hechos descritos, los accionantes señalan como vulnerados los siguien-

tes derechos: a) A la vida (que íntimamente se relaciona con el ambiente sano, que les permita llevar la vida con decoro y agrado, sin sufrimientos o padecimientos causados por la omisión en el cumplimiento de las garantías ciudadanas y del deber del Estado de servir a la comunidad); b) Al debido proceso (en la medida en que encierra el conjunto de procedimientos reglados por la ley que aseguran la defensa y protección de los bienes y derechos colectivos de las personas, y garantizan el cumplimiento de los cometidos estatales, como lo es el ejercicio correcto de las funciones legales de las autoridades); c) A la familia (la cual no es respetada al atropellársele sus derechos colectivos y fundamentales y no satisfacer sus necesidades básicas); d) A la salud y a la seguridad social (en la medida en que la finalidad misma de la seguridad social es prevenir antes que atender, con el propósito de evitar riesgos a la salud, los cuales pueden disminuirse sustancialmente con el incumplimiento de la obligación estatal de garantizar el saneamiento ambiental que protege los derechos a la vida, dignidad, salud, los que son vulnerados por la omisión y acción de los demandados), y e) El derecho al ambiente sano (que se quebranta al no hacer responsables a quienes atentan contra la salud, seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, debiéndose indicar que los hechos expuestos muestran claramente la omisión estatal por parte de los demandados en cuanto a la indebida prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y recolección de basuras).

PRETENSIONES :

En consideración a los hechos expuestos, los accionantes solicitan que al tutelar los derechos fundamentales mencionados, se disponga:

1. Ordenar a CORPAMAG que imponga al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta y a METROAGUA S.A., a más tardar dentro de los dos meses siguientes, los respectivos planes de cumplimiento sobre vertimientos establecidos en el Decreto 1594 de 1984, que garanticen al menos, el cumplimiento de las metas globales fijadas en la Ley 188 de 1995 en su artículo 20 numeral 1, 1.1, 1.1.1, en especial para tutelar los artículos 1, 2, 4, 8, 11, 12, 13, 29, 42, 48, 49, 51, 52, 78, 79, 80, 85, 86, 87, 89, 90, 91, 209 y 365 a 368 de la Constitución, contemplando igualmente los sistemas de tratamiento previo sobre vertimientos.

2. Ordenar a CORPAMAG que imponga los respectivos planes de cumplimiento a las edificaciones ubicadas por fuera del sistema de alcantarillado público, en especial en los sectores de Pleno Mar, Bello Horizonte, Rodadero, a más tardar dentro de los tres meses siguientes.

3. Ordenar a CORPAMAG que imponga los respectivos planes de cumplimiento a las industrias que carecen de permiso de vertimiento y que afectan en especial los ríos Gaira y Manzanares, a más tardar dentro de los tres meses siguientes.

4. Ordenar a CORPAMAG que imponga dentro de los dos meses siguientes los controles sobre aprovechamiento de aguas, medición de caudales aprovechables, pruebas de bombeo y demás requisitos establecidos en el Decreto 1541 de 1978 para el otorgamiento de concesiones para aprovechamiento de aguas al Distrito, METROAGUA y terceros.

5. Ordenar a CORPAMAG y a la Alcaldía de Santa Marta para que alerten en forma inmediata a los bañistas sobre la peligrosidad del contacto primario o secundario con las infectadas aguas de las bahías de Santa Marta, Taganga y el Rodadero.

6. Prohibir en forma inmediata a la Alcaldía Distrital de Santa Marta, en especial al Departamento de Planeación Distrital, otorgar licencias de construcción en puntos ubicados fuera de las redes de alcantarillado público o de la cobertura de servicios públicos domiciliarios, salvo que se dé cumplimiento con la estricta vigilancia de CORPAMAG de lo dispuesto en el artículo 86 del Decreto 1594 de 1984, para lo cual deberá ordenarse a CORPAMAG el seguimiento respectivo; como consecuencia de ello, se deberá prohibir definitivamente a la Alcaldía Distrital el otorgamiento de licencias de construcción en el Rodadero, Pleno Mar y Bello Horizonte, o hasta que se solucionen los problemas sobre servicios públicos en dichos sectores, y solo se admita para toda la ciudad la construcción de viviendas de interés social y unifamiliares, previo cumplimiento de las normas sobre medio ambiente, sanitarias o salud pública, servicios públicos y demás pertinentes, con la estricta vigilancia de CORPAMAG.

7. Ordenar al Distrito de Santa Marta que una vez impuesto el respectivo plan de cumplimiento para ajustar los vertimientos que actualmente realiza METROAGUA sin tratamiento previo, destinen en conjunto las partidas necesarias tendentes al logro del saneamiento ambiental básico de la ciudad y al cumplimiento de las normas ambientales, sin incrementar las tarifas a los usuarios o decretar impuestos que luego puedan ser desviados para tales fines y garantizar la cobertura total y eficiente del servicio de alcantarillado, realizando en forma inmediata el tratamiento previo de los vertimientos ajustados al plan de cubrimiento que se imponga de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1594 de 1984.

8. Ordenar a CORPAMAG imponer en conjunto con el INPA, zonas de veda para el ejercicio de la pesca en aquellas áreas de vertimientos o circundantes a las mismas.

9. Ordenar a CORPAMAG exigir el cumplimiento de la normatividad ambiental señalada, y al Distrito y a METROAGUA para que den estricto cumplimiento a la misma y se ajuste acorde a los planes de cumplimiento que se señalen; así mismo, se ordene a CORPAMAG para que controle las actividades realizadas por ESPA e INTERASEO imponiendo a CORPAMAG dentro del mes siguiente, los términos de referencia para el trámite de la licencia ambiental o dentro de los dos meses siguientes los planes de manejo ambiental sobre recolección y disposición de desechos sólidos o basuras (Decreto 1753 de 1994, artículo 8 numeral 16 o artículo 38 en consonancia con las normas de protección al aire y las contenidas en el Decreto 2811 de 1974, artículos 34 y siguientes).

10. Ordenar al Distrito de Santa Marta, a METROAGUA, a ESPA e INTERASEO para que realicen el tratamiento señalado en el artículo 84 del decreto 1594 de 1984 sobre desechos provenientes de los sitios indicados en dicha norma. Así mismo, al Distrito para que controle las actividades de ESPA e INTERASEO y solucione lo referente a los predios del basurero, presentando si es del caso, un diagnóstico ambiental de alternativas ante CORPAMAG para reubicar dicho basurero en zonas de menor riesgo o mayor viabilidad técni-

ca ambiental.

11. Que se reproduzcan las medidas ordenadas para los casos del Archipiélago de San Andrés y Cartagena, se solicite la vigilancia estricta por parte de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales, la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Ministerio del Medio Ambiente y la Fiscalía General de la Nación, y se reconozca personería a los accionantes para garantizar el cumplimiento de lo que se ordene, participando estos últimos en una comisión especial de seguimiento bimensual a las labores de cumplimiento de lo ordenado por el fallo, además de las que se estimen conducentes para el logro y efectividad de los derechos colectivos y fundamentales mencionados.

12. Ordenar a CORPAMAG, a la Alcaldía de Santa Marta y a METROAGUA que destinen una partida suficiente para atender el monitoreo que deben solicitar al INVEMAR en las Bahías y zonas costeras.

13. Ordenar igualmente a la Alcaldía dotar de sistema de alcantarillado con tratamiento previo al vertimiento, a la totalidad de la población del Distrito que padece la carencia del servicio, dentro del plazo contenido para los planes de cumplimiento sobre vertimientos, e igualmente que se suministre el servicio de acueducto a la totalidad de la ciudadanía en un plazo menor, fijado por el juez de tutela.

Además, que se ordene a dicha Alcaldía cumplir con la potalización total del recurso aprovechado por el actual sistema de acueducto y de su ampliación, contemplando en estos mandamientos judiciales la prestación universal del servicio, y se ordene igualmente, al Distrito y METROAGUA para que cumplan lo dispuesto en el artículo 20 numeral 1 de la Ley 188 de 1995 y 4 de la Ley 60 de 1993. En el mismo sentido, se ordene dotar de sistema de recolección de aguas pluviales a toda la ciudad, en especial en las llamadas zonas críticas.

14. Finalmente, que se ordene al Distrito, a METROAGUA y a CORPAMAG, el control continuo del sistema de acueducto con el propósito de monitorear la calidad del recurso y prestar continuamente el tratamiento previo necesario, impidiendo la inyección directa de aguas a las redes sin previo tratamiento, como ocurre en la actualidad para la gran mayoría de las aguas que se introducen a las redes, en especial las subterráneas.

Los Fallos de Instancia

Mediante providencia del 12 de noviembre de 1996, el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena, resolvió rechazar la acción promovida por Francisco Escobar Silebi y Otros para proteger los derechos a la salubridad pública y al medio ambiente.

En primer lugar, sostiene la citada Corporación que examinado el contexto del memorial suscrito por los accionantes, se aprecia que tienden a la protección de la salubridad pública y medio ambiente para cuya preservación no cabe en principio la acción de tutela

sino que de conformidad con el artículo 88 de la Carta Política, la procedente es la denominada acción popular, y para que la preservación de dichos intereses se haga efectiva a través de la tutela, es menester que se reúnan los presupuestos allí indicados, los que en el presente caso no se acreditaron en concreto, tales como el daño soportado o la amenaza concreta a los derechos fundamentales, así como el nexo causal entre el motivo alegado para la perturbación ambiental y la amenaza que manifieste padecer.

De otro lado, señala el Tribunal que a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al tenor de los artículos 1005 del Código Civil, 8 de la Ley 9 de 1989, 5 y 6 del Decreto 2400 de 1989, 414-8 del Código de Procedimiento Civil y por mandato del Decreto 2303 de 1989, no le está atribuida la facultad de conocer y tramitar la acción popular impetrada para proteger el medio ambiente y la salubridad pública de los habitantes de Santa Marta, por lo que debe rechazarse.

Impugnada la providencia del Tribunal Administrativo del Magdalena por los accionantes, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de diciembre de 1996, resolvió confirmar lo resuelto por dicho despacho judicial, con fundamento en que se observa que en el presente caso no fue demostrada la ocurrencia de un daño o perjuicio de tal magnitud que produzca violación o amenaza de un derecho fundamental individual de los accionantes, ni menos aún que puedan verse afectados todos los tutelantes o algunos de ellos en sus derechos a la vida o a la salud.

Tampoco en su criterio se acreditó la existencia de un nexo causal entre el motivo alegado y la violación de derechos fundamentales de los peticionarios.

Así pues, para el H. Consejo de Estado no es la tutela el instrumento judicial adecuado para obtener la garantía de los derechos que se dicen vulnerados por cuanto dicha acción fue instituida para proteger derechos fundamentales individuales y no colectivos, para cuyo amparo la Constitución estableció las acciones populares, por lo que al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la tutela es improcedente porque además, tampoco se acreditó que con la acción de tutela se trate de impedir un perjuicio irremediable. En el fondo, señalan, lo que los actores buscan es que las entidades a cuyo cargo corren las obras de saneamiento ambiental y manejo de los residuos sólidos y líquidos las realicen en los precisos términos de sus solicitudes, como si ello fuera posible en tan breve término y sin tomar en cuenta las limitaciones presupuestales que aquejan a todo país en vías de desarrollo, y primordialmente a las entidades territoriales.

II. Expediente No. T-124.621

En relación con el expediente No. T-124.621, el apoderado del representante legal del Edificio Mendiguaca de la ciudad de Santa Marta, afirma que el problema de las aguas negras en el sector turístico del Rodadero es al parecer endémico, "que jamás ha sido solucionado por las diversas administraciones distritales, que en el tiempo se han sucedido. Es dentro de este contexto como se puede analizar el caso específico del edificio Mendiguaca quien soporta desde hace muchos años el problema de las aguas negras, las cuales para esta

época del año afloran con inusitado volumen al frente del edificio, con toda su carga de detritus y malos olores; aguas negras que al evaporarse por la acción del sol expelen un vaho nauseabundo, haciendo prácticamente invivible la existencia de los numerosos copropietarios que habitan el mencionado edificio, convirtiéndose en un foco de contaminación ambiental y por ende, de propagación de enfermedades de tipo respiratorio y dermatológico. La situación se hace más gravosa, pues se trata de un sector turístico", todo lo cual, señala, vulnera el derecho al medio ambiente sano.

Para demostrar lo anterior, solicitó al juez de tutela que procediera a verificar el grave problema sanitario existente en la zona, así como el carácter y dimensión de la obra civil que requiere la solución definitiva al problema de las aguas negras que existen al frente del susodicho edificio. Obras civiles que a su juicio deben ser emprendidas por la Empresa METROAGUA S.A. una vez se rinda el correspondiente dictamen pericial, "y por ende, del fallo en favor de tan agobiada comunidad de propietarios".

FALLOS DE INSTANCIA

Conoció de la referida acción de tutela en primera instancia, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Santa Marta, el cual en forma previa a la decisión de instancia, procedió a practicar una inspección judicial para establecer las condiciones sanitarias y ambientales y las correspondientes responsabilidades de la empresa accionada. Además de ello, se solicitó al señor Jorge Eliécer Rodriguez Saavedra, ingeniero civil de profesión, un dictamen pericial en lo que hace al sistema de acueducto y alcantarillado de El Rodadero. Al respecto señaló en su informe que:

"Como conclusión a su primera pregunta puedo responderle que el Edificio Mendiguaca no presenta problemas de aguas negras a nivel externo. (...). El vertimiento de aguas negras sólo se produce cuando hay lluvias intensas.

"Quiero dejarle claro que las aguas lluvias son menos contaminantes que las aguas negras o residuales; con esto quiero decir que el problema de salubridad que se origina en el sector es ocasionado por los propios moradores que fueron los que determinaron conectarse al alcantarillado sanitario combinando las aguas lluvias con las aguas negras y esta combinación es la que se rebosa a las calles aumentando el índice de contaminación del agua.

Todo vertimiento de aguas negras a las vías públicas ocasionan problemas ambientales ya que estas aguas son agentes transmisores de enfermedad infectocontagiosas lo que perjudica en cuanto a salud se refiere a los habitantes del Edificio Mendihuaca".

Con fundamento en los hechos expuestos por el actor y en las pruebas practicadas, el Juzgado procedió mediante sentencia del 13 de noviembre de 1996, a resolver la demanda de tutela negando las pretensiones solicitadas.

Consideró el citado despacho judicial, que en la inspección practicada, pudo constatar

que "el Edificio Mendiguaca no presenta problemas de aguas negras a nivel externo", por lo que concluyó que "es obvio que a la Empresa METROAGUA no le cabe ninguna responsabilidad administrativa; el problema de salubridad lo están ocasionando los moradores del sector por el abuso de haber instalado el tramo de alcantarillado fluvial del sector en el alcantarillado sanitario, situación esta que no está permitida en nuestra ciudad porque todo el alcantarillado es sanitario y ningún tramo es combinado".

La anterior decisión fue impugnada por el accionante, correspondiéndole conocer de la misma al Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, quien mediante providencia del 15 de enero de 1997, la revocó y en su lugar dispuso que el actor debía iniciar los trámites que para esta clase de asuntos se encuentran consagrados en el artículo 88 de la Constitución.

Sobre el particular, señaló que de conformidad con las circunstancias descritas en la demanda de tutela, no es esta acción el medio más apropiado para hacer valer los derechos colectivos, por cuanto esta fue instituida para proteger derechos fundamentales constitucionales individuales y no colectivos, pues para la protección de estos, la Constitución estableció las acciones populares.

Acumulados los expedientes mencionados al haberse seleccionado los procesos de la referencia por tratarse de la misma materia, se estimó pertinente por la Sala Sexta de Revisión que estos fueran decididos por la Sala Plena de la Corporación dada la trascendencia de los mismos, razón por la cual se procede a ello, previas las siguientes consideraciones.

III. PRUEBAS PRACTICADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto de 18 de abril de 1997, se dispuso por la Sala Sexta de Revisión de Tutelas, la práctica de una inspección judicial en la ciudad de Santa Marta, con la asistencia de los Magistrados integrantes de la misma, a fin de verificar los hechos de la demanda, y se ordenó así mismo, la recepción de testimonios relacionados en dicha providencia, para cuyo efecto en este último caso, se comisionó al Magistrado Auxiliar doctor Guillermo Francisco Reyes González.

Fundamentó la Sala la práctica de dicha diligencia, en la necesidad de determinar los sectores de la ciudad que disponen de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y para constatar los sitios en los cuales se prestan en forma deficiente o no se prestan estos, así como la identificación de las áreas del distrito que presentan una situación crítica y deficiente en materia de servicios públicos domiciliarios y de contaminación y vertimientos de las aguas residuales del sistema de acueducto y alcantarillado, e igualmente, para examinar los planes y programas elaborados por la administración distrital de Santa Marta, encaminados a superar los problemas existentes en materia de servicios públicos, así como el manejo y tratamiento de los desechos sólidos o basuras, y los efectos de estos en la bahía de la citada ciudad.

De la misma manera, se estimó pertinente verificar si se estaban cumpliendo las disposiciones sanitarias, ambientales sobre manejo de desechos sólidos y si existe plan de manejo ambiental para el basurero de Santa Marta, además de la incidencia del otorgamiento de licencias de construcción en la ciudad de Santa Marta y sectores vecinos, sin el cumplimiento, según la demanda, de los requisitos mínimos, y sin la intervención legal y rigurosa de las autoridades ambientales, con deterioro ambiental y amenaza de los derechos fundamentales de los peticionarios.

Así mismo, dentro de las pruebas decretadas, se ordenó al Servicio Departamental de Salud del Magdalena realizar durante un término prudencial, los controles de laboratorio sobre el agua potable suministrada por METROAGUA en las zonas de Santa Marta, Taganga y El Rodadero hasta el denominado Puente del Doctor provenientes de ríos y pozos profundos, con el correspondiente análisis de laboratorio. Igualmente, se ordenó al Ministerio del Medio Ambiente y a CORPAMAG, indicar la cantidad de concentración de partículas de carbón que se encuentran en el aíre en la zona de la bahía de Santa Marta, adyacente al puerto de CarboAndes y en la zona de influencia de los puertos de Prodeco y de la Drummond.

Finalmente, se dispuso la práctica de una inspección ocular sobre la zona adyacente al Parque Tayrona, Taganga, Puerto Santa Marta, El Rodadero y la Zona Sur de Santa Marta, donde se encuentran ubicados los puertos de Prodeco y la Drummond.

Resumen de la diligencia de inspección judicial practicada por los Magistrados miembros de la Sala de Revisión.

Durante la diligencia de inspección judicial, la Sala en asocio de las partes interesadas, recorrió las instalaciones de la planta de asfalto "Alvarez y Collins" donde pudo verificar el proceso de acopio y tratamiento del asfalto, que según el director de CORPAMAG es objeto de constantes visitas para controlar el impacto ambiental. Igualmente, se visitaron la planta de tratamiento de agua potable del sector del Irotama (que es una planta de bombeo del acueducto del sur, y que surte de agua a todo el sector), a las instalaciones del Hotel Zuana Beach Resort (donde se pudo constar el funcionamiento de la planta de tratamiento de aguas y basuras, que según funcionarios del distrito es modelo en el país); el edificio Mendiguaca (a fin de verificar los hechos materia de una de las demandas en referencia), las plantas o tanques de agua del sector de El Rodadero y Gaira (para observar la situación del fluído y vertimiento de las aguas en la zona), y finalmente las instalaciones de METROAGUA para constatar el funcionamiento del sistema de agua y alcantarillado del distrito.

De la misma manera, en cumplimiento de la mencionada diligencia, se hizo el recorrido por vía marítima en una embarcación de CORPAMAG, partiendo desde el puerto de la bahía de Santa Marta, de la zona donde se encuentra la caleta El Boquerón, sitio de salida de las aguas negras de Santa Marta, la bahía de Taganga y la zona de El Rodadero. Durante dicho trayecto, funcionarios de METROAGUA y CORPAMAG precisaron aspectos técnicos relacionados con la contaminación de las bahías y el tratamiento de que son objeto por parte de las autoridades administrativas del distrito.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

Esta Sala es competente para revisar las sentencias de instancia proferidas en los procesos acumulados, según lo dispuesto por los artículos 86 y 241 de la Constitución Política.

Objeto y naturaleza de la Acción de Tutela - Las Acciones Populares como mecanismo de protección de los derechos colectivos

Teniendo en cuenta que las decisiones proferidas en el presente asunto por los jueces de instancia se limitaron a declarar improcedente la acción promovida, por existir otros medios de defensa judicial, como lo son las acciones populares, por tratarse de derechos colectivos, estima pertinente la Corte hacer algunas precisiones con respecto a la naturaleza de estas y su relación con la acción de tutela, a efecto de definir si el instrumento utilizado por los demandantes era o no el adecuado y procedente para la protección oportuna de los derechos invocados.

En la sentencia No. T-405 de 1993, MP. Dr. Hernando Herrera Vergara, expresó lo siguiente en relación con este tema:

"La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la eficaz protección, concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991.

Como lo ha venido sosteniendo la Corte Constitucional de manera reiterada, dicha acción es un medio procesal específico porque se contrae a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales afectados de manera actual e inminente, siempre que estos se encuentren en cabeza de una persona o grupo determinado de personas, y conduce previa la solicitud, a la expedición de una declaración judicial que contenga una o varias órdenes de efectivo e inmediato cumplimiento, enderezados a garantizar su tutela, con fundamento constitucional.

Dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la subsidiariedad y la inmediatez: la primera por cuanto tan sólo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (artículo 86, inciso 3o. de la Constitución Política); la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplica-

ción urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

Así las cosas, la acción de tutela es un instrumento constitucional de carácter directo de protección de los derechos constitucionales fundamentales, por cuanto siempre presupone una actuación preferente y sumaria a la que el afectado puede acudir sólo en ausencia de cualquier otro medio de defensa judicial de aquellos derechos, "salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable" (Artículo 6o. numeral 1o. del Decreto 2591 de l.991), y en todo caso, procura la restitución al sujeto peticionario en el goce del derecho de rango constitucional fundamental que se demuestra lesionado o amenazado.

Obsérvese que no se trata de un mecanismo de defensa judicial en abstracto o con fines generales que pueda dirigirse contra todos los integrantes o agentes de una rama del poder público en su conjunto, o contra un acto con vocación general y abstracta para lo cual la Carta Fundamental y la ley establecen otras vías, ni versa sobre la protección específica o general de los derechos subjetivos controvertibles judicialmente por las vías ordinarias o especializadas, ni sobre la legalidad de los actos administrativos de contenido individual, subjetivo y concreto, atacables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Su efectiva aplicación, entonces, sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que el ordenamiento jurídico ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger inmediata y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de un particular.

Cuando el desconocimiento o la vulneración de los derechos fundamentales se origina en actos jurídicos de carácter general producidos por instancias subordinadas a la Constitución, su efecto general puede ser contrarrestado mediante mecanismos especialmente dispuestos para ello, como por ejemplo las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes, o las acciones de nulidad contra los actos administrativos.

Así mismo, 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, existen al tenor del artículo 88 de la Constitución Nacional, las denominadas Acciones Populares.

Es claro, que las acciones populares aunque se dirijan a la protección y amparo judicial de los concretos intereses y derechos colectivos, no pueden establecerse ni ejercerse para perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños

1 Ver. Corte Constitucional Sentencias T-508/92, T-067/93, T-254/93, entre otras

que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos; para estos últimos fines, el constituyente ideó las acciones de grupo o 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.***

Desde sus orígenes, estas acciones fueron creadas para prevenir o precaver la lesión de bienes y derechos que comprometen altos intereses cuya protección no siempre supone un daño. 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 (sentencia No. T-405 de 1993) (negrillas y subrayas fuera de texto).

De la misma manera, en sentencia No. T-366 de 1993, MP. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, esta Corporación tuvo oportunidad de precisar lo siguiente en relación con las acciones populares:

"Por considerar que esta Corporación ya se ha ocupado en repetidas oportunidades acerca de las características y alcances de las acciones populares[1], debe esta Sala tan solo señalar que ellas son un mecanismo consagrado en la Constitución y en la ley para la protección de los derechos e intereses colectivos, dentro de los cuales cabe destacar el patrimonio, el espacio público, el ambiente, la moralidad administrativa, la seguridad y la salubridad pública, según los términos del artículo 88 de la Carta Política. Con todo, es importante advertir que la lista a que hace referencia la disposición constitucional mencionada, no reviste el carácter de taxativa sino, por el contrario, es meramente enunciativa, correspondiéndole al legislador asumir la tarea de definir otros derechos e intereses colectivos que podrán ser protegidos mediante la utilización de este mecanismo jurídico.

Característica principal de este tipo de acciones, es que su ejercicio supone la protección de un interés colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de una agrupación de individuos, lo que conlleva a la imposibilidad de enmarcarla dentro de un ámbito meramente subjetivo o particular. Sin embargo, debe señalarse que se parte del supuesto de que cualquier persona perteneciente a un grupo o a una comunidad -dependiendo del caso-, puede acudir ante los jueces para defender a la colectividad afectada, con lo cual logra, simultáneamente, proteger su propio inte-

---

2 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. T-067/93 del 24 de febrero de 1993. Magistrados Ponentes: Drs. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón

rés. Adicionalmente, estos instrumentos jurídicos presentan como cualidad esencial, la de que su implementación debe corresponder única y exclusivamente a una finalidad preventiva; por tanto, jamás podrá intentarse una acción popular para lograr la reparación de un daño causado por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular. De igual forma, quien acuda ante las autoridades judiciales con el fin de proteger un derecho colectivo, no podrá buscar un beneficio económico o pecuniario, sin que ello obste para que, de conformidad con lo establecido en las normas del Código Civil (arts. 1005 y 2359, entre otros) o en las demás disposiciones legales, se obtenga una recompensa o gratificación a título de reconocimiento por el fin altruista que motiva la preocupación de que prevalezca el interés general y se proteja el bienestar social.

Ahora bien, la Sala reconoce el hecho de que en diversas ocasiones, la protección que se pretende por medio de una acción popular, abarca, además, el amparo de uno o varios derechos fundamentales de una determinada persona. Tal es el caso del medio ambiente, la salubridad o el espacio público. Conviene, entonces, remitirse a algunos de los pronunciamientos de esta Corporación, con el fin de reafirmar que, a pesar de existir un medio de defensa judicial -como es el caso de las acciones populares-, es posible intentar una acción de tutela para la protección de los derechos constitucionales fundamentales que en cada caso se encuentren amenazados o vulnerados. Al respecto, ha dicho la Corte:

"Fundamental advertencia sobre este punto es aquella que señala de modo indubitable que este derecho constitucional colectivo (gozar de un ambiente sano) puede vincularse con la violación de otro derecho fundamental como la salud, la vida o la integridad física entre otros, para obtener, por vía de la tutela que establece el artículo 86 de la Constitución Nacional, el amparo de uno y otros derechos de origen constitucional, pues en estos casos 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".[2] (negrillas y subrayas fuera de texto original)

En otro pronunciamiento, la Corporación advirtió:

"La Constitución Nacional precisa el derecho al ambiente sano dentro de los derechos colectivos. Este derecho hace relación no a una persona en particular por lo que no se puede sectorizar o parcelar, sino que la situación ambiental es comunicante y extensiva, es decir que se va extendiendo a través del aire, sin que encuentre barre-

---

3 Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia No.T-092/93 del 19 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez

4 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 2. Sentencia No. T-254/93 del 30 de julio de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

ras o diques que pongan término a su propagación. Su límite está señalado por la misma fuerza que la contaminación produce. Además de ser un derecho el goce del ambiente sano, es una obligación del Estado procurar mantener la diversidad del ambiente y fomentar la integridad del mismo. **Es factible ejercer la acción de tutela frente a la presunta vulneración o amenaza de un derecho fundamental que ha tenido su origen precisamente en la violación del derecho colectivo del ambiente sano**".[3] (negrillas y subrayas fuera de texto original)

Finalmente, y con relación a este mismo tema, se señaló:

"Con todo, cuando la violación del derecho a un ambiente sano, implica o conlleva simultáneamente un ataque directo y concreto a un derecho fundamental, se convierte la acción de tutela en el instrumento de protección de todos los derechos amenazados, por virtud de la mayor jerarquía que ostentan los derechos fundamentales dentro de la órbita constitucional.

"Esa conexidad por razón de la identidad del ataque a los derechos colectivo y fundamental genera, pues, una unidad en su defensa, que obedece tanto a un principio de economía procesal ***como de prevalencia de la tutela sobre las acciones populares,*** *que de otra manera deberían aplicarse independientemente como figuras autónomas que son".*[4] *(MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell)* (negrillas y subrayas fuera de texto original).

De lo anterior, se colige que no obstante que la acción de tutela ha sido consagrada para proteger los derechos constitucionales fundamentales de carácter individual, es procedente intentar esta, cuando se trata de la presunta vulneración o amenaza de un derecho relativo al ambiente sano, pues en estos casos, en presencia de la conexidad de los derechos colectivos y fundamentales vulnerados, prevalece la acción de tutela sobre las acciones populares, convirtiéndose así en el instrumento judicial adecuado para el amparo oportuno de los derechos amenazados.

Por consiguiente, como quiera que las sentencias de instancia proferidas por el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 1996 y por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta el 15 de enero de 1997, rechazaron por improcedentes las acciones de tutela, con base en que para la protección de los derechos que se dicen amenazados en el caso sub-examine existen las denominadas acciones populares, y por cuanto además, tampoco se acreditó según dichos proveídos, la existencia de un perjuicio irremediable, habrán de revocarse esos pronunciamientos, ya que a juicio de la Sala Plena de la Corte Constitucional, el instrumento judicial utilizado, de que trata el artículo 86 ibídem es el pertinente para casos como los aquí contemplados, donde resulta evidente que al lado del interés colectivo perseguido, se encuentran comprometidos derechos fundamentales individuales de carácter constitucional, como lo son el derecho a la vida, a la salud y a la salubridad pública, los que de acuerdo a la jurisprudencia transcrita ameritan el estudio de fondo de la cuestión planteada, a lo cual se procede.

El derecho al ambiente sano

Conforme lo establece el artículo 79 de la Carta Fundamental, todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, constituyendo un deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de dichos fines.

Este derecho se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza a su vez su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social. En este sentido, el ambiente sano es un derecho fundamental para la supervivencia de la especie humana; sin embargo, la vulneración del mismo conlleva en determinados casos, al quebrantamiento de derechos constitucionales fundamentales como la vida o la salud. Por consiguiente, como lo dispuso el constituyente de 1991, el Estado debe garantizar el derecho a gozar de un ambiente sano y adoptar las medidas encaminadas a obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, a fin de evitar que se causen daños irreparables a la persona, ya que en tales circunstancias, dicho derecho es susceptible de ser protegido, como se ha expuesto, a través del ejercicio de la acción de tutela.

Acerca de la naturaleza y definición del mismo, cabe recordar lo expresado por esta Corporación en sentencia No. C-328 de 1995, MP. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"No en vano el constituyente elevó el interés colectivo por el ambiente sano al rango de derecho constitucional. La conservación de los recursos naturales y de los ecosistemas, es necesaria para garantizar la vida y la salud de todos. Por su naturaleza de derecho colectivo, el ambiente goza de mecanismos constitucionales específicos para su defensa, como son las acciones populares (C.P. art. 88) y los deberes calificados, en cabeza del Estado, para su protección.

....

La protección del ambiente sano y de los recursos naturales es un deber del Estado y de los particulares (C.P. arts. 8, 58 y 95). En virtud de expreso mandato constitucional (C.P. arts. 49, 79, 80 y 334) y de compromisos internacionales contraidos por Colombia (Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 14), al Estado corresponde cumplir una serie de deberes específicos en materia ambiental, que ninguna ley, por importante que parezca, puede desconocer.

La Constitución impone al Estado los deberes especiales de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente (1); proteger su diversidad e integridad (2); conservar las áreas de especial importancia ecológica (3); fomentar la educación ambiental (4); planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (5); prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (6); imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados al ambiente (7); y, cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (8) (C.P. arts. 79 y 80). Por otra parte, la Carta establece que el saneamiento ambiental es un servicio público a cargo del Estado (C.P. art. 78).

En virtud del "Convenio sobre la Diversidad Biológica", suscrito en Río de Janeiro en 1992, y de la Ley 165 de 1994, aprobatoria del mismo, Colombia contrajo el compromiso internacional de proteger la diversidad e integridad del ambiente y de conservar las áreas de especial importancia ecológica, entre otras cosas, obligándose a explotar sus recursos naturales de manera que no se perjudique el equilibrio ecológico. La Corte, mediante sentencia C-519 de noviembre 21 de 1994, declaró exequible el convenio y la Ley 165 de 1994".

Igualmente se expresó en la misma providencia, que:

"Uno de los mecanismos técnicos de que dispone el Estado para el cumplimiento de su deber de prevenir y controlar el deterioro ambiental (C.P. art. 80), es el estudio de impacto ambiental que debe llevar a cabo quien planee realizar una obra o actividad que pueda afectar el ambiente. Las facultades de prevención y control, permiten a la autoridad fijar los términos de referencia de los estudios de impacto ambiental.

Las entidades públicas promotoras o constructoras de obras públicas, deben ceñirse a los parámetros definidos en el artículo 57 de la Ley 99 de 1993. Sólo así, la administración está en capacidad de evaluar si la persona o entidad, pública o privada, ha tenido en cuenta todas las consecuencias de la intervención en el ambiente y ha elaborado los planes adecuados, necesarios y suficientes para controlar sus efectos.

...

La licencia ambiental es el acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente. La licencia ambiental es esencialmente revocable.

La razón de ser de las licencias ambientales es la protección de los derechos individuales y colectivos. Corresponde a las autoridades públicas velar por estos derechos, en particular cuando el riesgo de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas".

Acorde con lo anterior, en sentencia No. T-366 de 1993, igualmente se anotó:

"El artículo 79 de la Carta Política consagra el derecho de todas las personas a gozar de un ambiento sano y la posibilidad de que la comunidad, de conformidad con las previsiones legales, pueda participar en las decisiones que puedan afectarlo. Se trata, pues, de una protección que responde a una preocupación universal, por

---

5 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 6. Sentencia No. T-092/93 del 19 de febrero de 1993. Magistrado Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez

6 Ibídem

cuanto afecta igualmente a todos los Estados, a todas las comunidades y, por ende, a todos los hombres. En cuanto a la naturaleza y alcances de este derecho, ha dicho la Corporación:

"El derecho al medio ambiente no se puede desligar del derecho a la vida y a la salud de las personas. De hecho, los factores perturbadores del medio ambiente causan daños irreparables en los seres humanos y si ello es así habrá que decirse que el medio ambiente es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad. A esta conclusión se ha llegado cuando esta Corte ha evaluado la incidencia del medio ambiente en la vida de los hombres y por ello en sentencias anteriores de tutelas, se ha afirmado que el derecho al medio ambiente es un derecho fundamental".[5]

El Constituyente de 1991, quiso establecer un marco jurídico adecuado para la debida atención de este asunto; por ello señaló como una responsabilidad de orden estatal, la de atender el servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (art. 49 C.P.). Puede decirse, entonces, que las obligaciones del Estado en relación con la preservación, conservación y protección del medio ambiente, apuntan, todas ellas, a un mismo fin: el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general (art. 366).

Sobre el particular, ha señalado la Corte:

"Al derecho a un ambiente sano, se le asigna a su vez la condición de servicio público, y constituye, por lo mismo, junto con la salud, la educación y el agua potable, un objetivo social, cuya realización se asume como una prioridad entre los objetivos del Estado y significa la respuesta a la exigencia constitucional de mejorar la calidad de vida de la población del país (C.P.art.366).

"Todo lo anterior, se repite, consagra el ambiente sano como un derecho colectivo, y le otorga unos mecanismos y estrategias de defensa particulares y plenamente identificables".[6]

Sin embargo, el derecho que le asiste a todas las personas de gozar de un ambiente sano, no puede entenderse como una prerrogativa absoluta que implique la asistencia única y exclusiva de las autoridades estatales. Si bien las personas gozan de instrumentos jurídicos precisos para lograr el amparo de este derecho, como es el caso de las "acciones populares para la protección de los derechos colectivos y del ambiente" (art. 88 C.P.), la Constitución también se ha encargado de señalar algunos deberes y obligaciones de los asociados frente a los asuntos de orden ambiental; tal es el caso del deber de toda persona de "proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación" (art. 8° C.P.), de "Obrar conforme al principio de la solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de la personas" (art. 95-2 C.P.); y, principalmente, de "velar por la conservación de un ambiente sano" (art. 95-8 C.P.)".

De la misma manera, en la sentencia No. T-284 de 1995, MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell, proferida por la Sala Plena de esta Corporación en relación con el derecho al ambiente sano y su carácter de fundamental, se precisó lo siguiente:

"El derecho al ambiente sano no tiene el carácter de fundamental, es un derecho colectivo susceptible de ser protegido a través de las acciones populares. Sin embargo, cuando en razón de la acción o la omisión de las autoridades públicas o de un particular se amenacen o vulneren derechos fundamentales (vida, integridad física, salud u otros), e igualmente se afecte el derecho que tienen las personas de gozar de un ambiente sano, es posible accionar en tutela, tanto para la defensa directa de aquéllos como de éste.

...

La situación ambiental, derivada principalmente del problema sanitario que afecta a toda la Isla de San Andrés, conduce a establecer no sólo la existencia de la vulneración del derecho que tienen los peticionarios de la tutela a gozar de un ambiente sano, sino la conexidad de dicha transgresión con la amenaza de violación de los derechos fundamentales a la salud, a la integridad física y a la vida de los peticionarios e igualmente de todos los habitantes de dicha Isla. Si bien el derecho a disfrutar de un ambiente sano se halla reconocido como un derecho colectivo que se ampara a través de las acciones populares, cuando su violación, como en el presente caso, se encuentra ligada a su vez a la violación de derechos fundamentales, procede la acción de tutela como mecanismo judicial indirecto de protección del referido derecho colectivo.

Ahora bien, del mandato constitucional consagrado en el artículo 79, se colige que es responsabilidad del Estado atender y garantizar la prestación efectiva del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de universalidad y solidaridad. Todas esas obligaciones están dirigidas a la preservación, conservación y protección del medio ambiente, a fin de obtener el mejoramiento de la calidad de vida de la población y el aseguramiento del bienestar general, según lo determina el artículo 366 de la Carta Fundamental.

Así mismo, la Carta Política consagra los deberes y obligaciones que tienen los asociados frente al ambiente, entre los cuales se encuentra aquel, según el cual, le corresponde a toda persona para proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (artículo 8 CP.), obrar conforme al principio de solidaridad (artículo 93-2 CP.) y velar por la conservación de un ambiente sano (artículo 95-8 CP.).

En relación con la obligación de evaluar el impacto ambiental y reducir al mínimo sus efectos, el artículo 14 del Convenio sobre la Diversidad Biológica suscrito en Río de Janeiro en 1992, ratificada por Colombia, establece:

"Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

a) Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la evaluación del

impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica, con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos. ... ".

Con respecto al deber de prevención y control del deterioro ambiental, es preciso destacar que este se ejerce, entre otras formas, a través del otorgamiento, denegación o cancelación de licencias ambientales por parte del Estado. Solamente el permiso previo de las autoridades competentes, hace jurídicamente viable la ejecución de obras o actividades que puedan tener efectos potenciales sobre el ecosistema.

El derecho a la vida, a la salud y a la salubridad pública

Como lo ha sostenido igualmente esta Corporación, la salud constituye un factor integrante del derecho a la vida, reconocido en los preceptos constitucionales como un derecho fundamental, que comparte la misma característica jurídica de este. El derecho a la vida, como lo señala el artículo 11 de la Carta, es inviolable e inalienable, y goza de la protección del Estado como valor y derecho primordial e insustituible, del cual es titular todo ser humano.

De esta manera, si el derecho a la vida es fundamental, los derechos que esencialmente se derivan de él, como la salud, también lo son necesariamente bajo ciertas condiciones, y en razón de su conexidad, emergen como fundamentales cuando su amenaza o vulneración representan peligro o daño al derecho a la vida, de manera que es preciso ampararlo para proteger aquél.

En lo concerniente al derecho a la salud, se reitera así su carácter primordialmente prestacional, pues al lado del deber correlativo que tiene toda persona de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad, se encuentra el del Estado de garantizar su cumplimiento a través del suministro de prestaciones concretas en esta materia.

Así se expresó la Corte en sentencia No. T-484 de 1992, MP. Dr. Fabio Morón Díaz, respecto a los alcances jurídicos del derecho a la salud:

"El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que ***lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental.*** *El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la*

7 Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 5. Sentencia No. T-484 del 13 de agosto de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz

salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela".[7] *(negrillas fuera de texto original)*

Igualmente, en cuanto al derecho a la salubridad pública, el cual se concreta en la salud de cada uno de los asociados, esta Corporación en la sentencia No. T-366 de 1993, señaló que:

"Puede decirse, entonces, que salubridad significa el acto de ser de la salud, es decir, el acto por medio del cual el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. No se trata, pues, de una manifestación potencial, sino de una actual.

Ahora bien, al ser la salubridad pública una noción que implica la realización total de la salud, supone la presencia previa de la salud individual. En consecuencia, resulta aplicable el principio de que la lesión de la parte afecta la del todo; asimismo, la lesión del todo (salubridad) es necesariamente la lesión de la parte (salud individual). Si hay una vulneración grave e inminente de la salubridad pública, puede suponerse que la parte que tenga un interés legítimo en restablecer un derecho que, si bien es cierto es colectivo, también la afecta como singularidad, única e irrepetible. Cabe recordar que, tal como lo ha manifestado esta Corporación para el caso de la protección de derechos colectivos como el medio ambiente o el espacio público, los mecanismos de amparo de esos derechos establecidos en el artículo 88 de la Carta Política (acciones populares), no son óbice para que, en el caso de encontrarse la vulneración de un derecho constitucional fundamental de una persona en particular, pueda acudirse a los instrumentos jurídicos correspondientes, como es el caso de la acción de tutela".

El examen del caso concreto

Con fundamento en los derechos mencionados que se dicen amenazados y vulnerados en el asunto sometido a la revisión de esta Corporación, se procede a decidir si con base en los hechos expuestos y en el análisis del material probatorio aportado al proceso, resulta procedente tutelar los derechos invocados por los demandantes.

Como ya se expresó, según la demanda, las autoridades administrativas del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta han quebrantado sus derechos fundamentales, así como el de los demás miembros de la comunidad, a la vida, a la salud, a la salubridad pública y al ambiente sano, a causa de la deficiente prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, particularmente en las zonas de El Rodadero, Gaira, Santa Marta y Taganga, razón por la cual solicitan que se ordene como consecuencia de la acción de tutela que se adopten todas las medidas a que haya lugar, para poner fin a los gravísimos problemas ambientales que vienen afectando a los habitantes del Distrito de Santa Marta.

Afirman los demandantes, que la ciudad de Santa Marta ha tenido que afrontar y padecer desde hace varios años, un grave problema ambiental en las bahías de Taganga, Santa Marta y El Rodadero, debido, entre otras causas, al vertimiento de aguas servidas y al rebosamiento de las alcantarillas sin mayores controles o tratamientos.

A fin de verificar los hechos denunciados, se decretaron por la Sala Sexta de Revisión de Tutelas, las pruebas requeridas, se recibieron los testimonios ya mencionados se practicó una inspección judicial sobre la zona y se ordenaron muestreos de laboratorio sobre la calidad del agua, con base en las cuales se llega a las siguientes conclusiones:

a. Calidad del agua.

Con respecto a la calidad del agua que consumen los habitantes de Santa Marta, cabe hacer las siguientes observaciones:

Según informe del Jefe de la Sección de Protección Ambiental del Servicio Seccional de Salud del Magdalena, fundamentado en un muestreo en el sistema de abastecimiento de agua de Santa Marta, Gaira y el Rodadero, se estableció lo siguiente:

"De las 33 muestras examinadas, 28 no presentaron contaminación por coliformes, sin embargo, 5 muestras resultaron con un número de colonias pero estas presentaron resultados negativos a coliformes fecales. De las mismas 33 pruebas analizadas 18 presentaron cifras por encima del rango establecido como valor admisible por el Ministerio de Salud, esto se debe a que son algunas provenientes de pozos profundos con presencia de cationes de calcio y magnesio que dan origen a la dureza de las aguas...

De otro lado el laboratorio conceptúo como inobjetable respecto al parámetro de sabor a la totalidad de las muestras".

Por su parte, según los funcionarios que intervinieron como representantes del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Santa Marta, se obtuvo la siguiente conclusión:

"En relación con el agua que se consume en Santa Marta es apta para el consumo humano, esto lo podemos soportar con el seguimiento que desde el año de 1995 y hasta marzo de 1997 se ha venido haciendo por los diferentes estudios físicos químicos y bacteriológicos que se le han hecho en diferentes muestreos en todo el distrito y dichos estudios de aguas se han realizado en el laboratorio del Centro de rehabilitación y Diagnóstico Fernando Tronconis, se hace la salvedad que en noviembre de 1995 en el sector de San Martín sí encontramos agua contaminada, y llegamos a la conclusión que la contaminación de dichas aguas era interdomiciliaria porque las aguas negras dentro de las casas drenaban paralelamente al agua potable".

En relación con algunos casos que se reportaron a la Secretaría de Salud sobre el cólera en el distrito de Santa Marta, indicaron los citados funcionarios que:

"De estos 154 casos no todos fueron sintomáticos, es decir, no todos presentaron diarreas, lo cual permite deducir que la fuente de propagación de la enfermedad ***no fue por el consumo de agua potable sino por el consumo de productos marinos, tales como el pescado y otros provenientes de las zonas endémicas****.... Además, nunca se ha podido demostrar que la fuerza de propagación del vibrión-cólera haya sido el agua, sino otros productos de origen marino" (negrillas y subrayas fuera de texto).*

Acorde con las múltiples pruebas que obran en el expediente, se concluye que la calidad del agua potable que se consume en Santa Marta es apta en términos generales, para el consumo humano. No obstante, como lo reconoce el exgerente de METROAGUA, aunque hay sectores con algunos problemas referentes a la calidad del agua, la empresa citada viene adelantando las labores encaminadas a lograr la mejor prestación del servicio.

Respecto al suministro del agua en el distrito de Santa Marta, El Rodadero, Taganga, hasta el Puente del Doctor, es pertinente destacar lo afirmado por el representante de la empresa METROAGUA S.A., en la siguiente forma:

"A finales de 1994 la cobertura del acueducto era del 69%, de ahí que en 1995 en que la actual administración distrital procedió a ejecutar la ampliación de la cobertura de agua potable en los diferentes sectores de la ciudad, teniendo a Abril de 1997 una cobertura del 83% con los trabajos que la empresa y el distrito están realizando en la actualidad, llenaremos esta cobertura hasta un 87%".

Así mismo, según el citado funcionario, la mayoría de obras que se han venido adelantando, se han realizado en los barrios subnormales de la ciudad, ampliando e instalando nuevas redes de distribución de agua potable, así como en la zona de El Rodadero, donde la cobertura de acueducto es de un 93%. Además, todos los pozos de la ciudad en la actualidad tienen cloración, o sea que hay desinfección del agua.

Como se pudo constatar con base en las informaciones y los documentos pertinentes aportados al proceso, las contaminaciones que se presentan en el agua que consumen los habitantes de algunos sectores de Santa Marta, no se da en la acometida (hasta donde se ha logrado comprobar que llega apta para el consumo), sino en los tanques de reserva del usuario; ello se debe a un mal uso por parte de los usuarios de las redes de alcantarillado y acueducto, así como de los tanques de almacenamiento de agua potable.

De esta manera, no obstante que la cobertura del sistema de acueducto no llega al 100% de la ciudad, quedó establecido que frente a los trabajos adelantados por la administración para desinfectar el agua que consume la población, dicha cobertura llega hoy casi al 87%.

En cuanto al manejo de las aguas negras, a julio de 1997, de acuerdo a los informes rendidos por los funcionarios de METROAGUA, con las obras ejecutadas y las que se están

culminando, se llega a una cobertura del 86%, para lo cual existe un convenio firmado con FINDETER a fin de lograr la culminación de las mismas. Por consiguiente, como no se observa deficiencia con respecto al suministro de agua que consumen los habitantes y su calidad, el cargo formulado sobre este aspecto no está llamado a prosperar.

b. Desbordamiento de aguas residuales en el sector de El Rodadero.

Tanto el demandante del proceso de tutela relacionado con el edificio Mendiguaca contra la Alcaldía de Santa Marta y METROAGUA, como el ciudadano Escobar Silebi y otros ciudadanos coadyuvantes, señalan que los habitantes en la zona de El Rodadero padecen serios problemas debido al vertimiento de aguas negras, especialmente en épocas de temporada alta.

Al respecto, dentro de las pruebas que obran en el expediente, aparece el testimonio rendido por el gerente de METROAGUA, quien sostuvo que para contrarrestar los desbordamientos de aguas residuales en el sector de El Rodadero aledaño al Canal de El Laguito, se construyó una elevadora o cárcamo recolector de aguas residuales con bombas sumergibles y una línea de impulsión conectada a la Estación Gaira - Rodadero, a fin de evitar desbordamientos de agua residuales en dicho sector. En el asunto relacionado con el Edificio Mendiguaca, señala que éste se encuentra conectado al sistema de alcantarillado, libre de obstrucciones o taponamientos. Sin embargo, advierte que este edificio no cuenta con trampas de grasa ni de arena "ya que al encontrarnos en el balneario turístico es importante contar con esas trampas". La construcción de dichas trampas se ha solicitado por METROAGUA a las diferentes edificaciones y restaurantes del balneario de El Rodadero para así evitar taponamiento en la tubería, que podrían afectar la salud".

En lo concerniente a la caleta El Boquerón, ubicada en la parte trasera del puerto de Santa Marta, sobre la bahía de Taganga, donde vierten todas las aguas residuales de la ciudad a través de la estación norte; una vez caen al mar, según las autoridades locales, estas "presuntamente" terminan esparcidas mar adentro; sin embargo, conforme a los diversos testimonios rendidos por las autoridades distritales y de particulares residentes en la zona, recibidas dentro del término probatorio, ello no resulta cierto, pues es evidente que en ciertas épocas del año quedan estancadas en la Bahía de Taganga, generando una notoria contaminación.

A efecto de solucionar esta situación, el Gerente de METROAGUA, así como el Alcalde de Santa Marta manifestaron haber contratado con la Empresa Técnicas Hidráulicas de Cuba el diseño del Emisario Submarino para tratamiento por dilusión y disposición final las aguas servidas de Santa Marta. Actualmente, señalan que, el Distrito carece de plantas de tratamiento de las aguas residuales que se vierten crudas sin ningún tratamiento. Por ello, a juicio de las autoridades distritales de Santa Marta, el Emisario se plantea como una solución técnica y económica viable en materia de aguas residuales. El proyecto se encuentra en la fase de construcción, aunque según se pudo verificar por la Sala durante la práctica de la inspección ocular sobre esta zona de El Boquerón, los trabajos de iniciación de construcción del Emisario no se han iniciado, de manera que, por ello continúa el vertimiento de estas aguas sobre la Bahía Taganga sin control ni tratamiento alguno, produciendo serios

efectos en la bahía por la contaminación ambiental.

Para la Sala no hay duda que después del respectivo examen probatorio, en las bahías de El Rodadero, Gaira, Santa Marta y Taganga, debido a los vertimientos de las aguas residuales del sistema de alcantarillado de la ciudad, así como por el tratamiento de los desechos sólidos se presenta una situación irregular que amenaza la salud, la vida y el medio ambiente de los habitantes y turistas del distrito.

Por lo anterior, estima la Corte que para poder solucionar en forma definitiva la calamidad descrita, es pertinente ordenar que a través de las autoridades correspondientes del distrito, se adopten las medidas encaminadas a impulsar la disposición definitiva de las aguas residuales de Santa Marta, implementándose un sistema de pretratamiento de esas aguas, con el fin de disminuir los efectos de la carga contaminante final, para lo cual es pertinente disponer que por conducto de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena se realice una labor de estructura, supervisión y control.

Respecto a la situación relacionada con la falta de tratamiento de las aguas residuales, y a los hechos debidamente acreditados en el proceso sobre esta materia, se hace indispensable ejercer un control adecuado que permita solucionar en forma real el problema relativo a la contaminación de las bahías, como consecuencia del esparcimiento de las aguas residuales, razón por la cual, a efecto de proteger el medio ambiente, conforme lo establece el artículo 82 de la Carta Fundamental, es preciso ordenar a la Alcaldía Distrital de Santa Marta que en coordinación con el gerente de METROAGUA, adopten las medidas tendientes a optimizar e independizar los sistemas de recolección tratamiento y disposición de las aguas residuales de Santa Marta, El Rodadero, Gaira, hasta la quebrada El Doctor, siendo procedente la utilización del sistema de bombeo, con base en las especificaciones requeridas, a fin de realizar una adecuada difusión de las aguas residuales de la ciudad en el emisario final en la bahía de Santa Marta, sector de El Boquerón.

Cabe destacar igualmente, que el mismo informe de laboratorio remitido por el Director General de INVEMAR donde se analiza la contaminación de las aguas marinas influenciadas por el municipio de Santa Marta, entre Taganga y la Ensenada del Rincón del Doctor, se señala lo siguiente:

"Se encontró que dentro de los indicadores de contaminación fecal aparecían bacterias de tracto intestinal del hombre y de animales de sangre caliente como la "escherichia Coli", las cuales sobrepasan los valores permisibles dados por el Ministerio de Salud en el decreto 1594 de 1984. La presencia de estos microorganismos son una clara evidencia de una contaminación fecal y el riesgo de hallarse asociados con otro tipo de bacterias patógenas".

Y agrega que:

En Santa Marta existe contaminación fecal de las aguas marinas, la cual al parecer se incrementa durante las temporadas turísticas y se presume que la capacidad de carga del sistema del alcantarillado no es suficiente para evacuar el volumen total

de las aguas residuales de la ciudad.

...

En términos generales, se puede concluir que la mayor fuente de contaminación para el área lo constituye la descarga de aguas negras a través del sistema de alcantarillado en El Boquerón".

De acuerdo con oficio de marzo 14 de 1997 emanado del Instituto de Investigaciones Marinas y Costeras, "INVEMAR", se adjuntan los resultados del análisis de la calidad de agua del río Manzanares y se expresa:

"Respecto del análisis bacteriológico, los valores sobrepasan en las tres estaciones (localizadas en Paso del Mango, Quinta de San Pedro Alejandrino y Puente de la Carrera 4 con Calle 31) los valores máximos permisibles".

Igualmente, según informe de dicho Instituto, "El hecho de que ciertas bacterias son habitantes normales del tracto intestinal del hombre y de animales de sangre caliente, como es el caso de la *Escherichia coli*, su presencia indica con certeza una contaminación de tipo fecal. Los altos valores encontrados en las 15 estaciones ubicadas en la Bahía de Santa Marta durante los muestreos realizados en noviembre, sobrepasan los valores permisibles dados por el Ministerio de Salud en el decreto 1594 de 1984 en el artículo 42".

De otro lado, referente a la calamidad que se presenta en el servicio de acueducto y alcantarillado en Taganga, es pertinente resaltar que dicha situación reviste características de especial gravedad, toda vez que de acuerdo a las pruebas y documentos aportados al proceso, existe una situación de abandono y descuido por parte de las autoridades del Distrito de Santa Marta con respecto a sus habitantes, quienes padecen graves problemas en la prestación de los servicios públicos, con el consiguiente perjuicio inminente a los derechos fundamentales a la vida y a la salud. En efecto, según afirmación del Director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena:

"En relación con el problema de contaminación en la Bahía de Santa Marta, la falta de un sistema de recolección de aguas negras que en el caso que no ocupa se reduce a soluciones puntuales de instalación de tanques séptimos y campos de infiltración determinan la probable contaminación indirecta de las aguas de la Bahía de Taganga, por aguas residuales domésticas, excluyéndose cualquier tipo de contaminación de origen industrial.

Así mismo, esta bahía se ve afectada por las condiciones temporales del efecto de la contracorriente, que predomina en los meses de lluvias durante los cuales aguas procedentes del sitio denominado "El Boquerón" pueden interferir directamente la Bahía de Taganga por efectos de la influencia de los vientos procedentes del Sur Oeste denominados "vendaval", Por lo anterior se prevé que la solución proyectada de la instalación del Emisario Submarino de Aguas Negras contribuirá con una solución adecuada al manejo de las aguas residuales.

En cuanto al suministro de agua a la población de Taganga, el Gerente de Metroagua

afirmó lo siguiente:

"Con los diseños del proyecto Acueducto Río Guachaca con una capacidad de abastecimiento adicional en 1.500 litros por segundo, construyendo una nueva planta de tratamiento en el canal, para así llevar el agua por gravedad a todos los sectores que están por encima de la cota 40. Así estaríamos llevándole agua directamente a Taganga. Este proyecto se encuentra en la fase de licitación".

Acerca de lo anterior, cabe advertir que la comunidad de Taganga presentó escrito firmado por la mayoría de sus habitantes, en el que denuncian los vertimientos de aguas residuales sin tratamiento previo, a la bahía de Taganga en el sector de El Boquerón, así como la carencia de agua potable en el corregimiento y su incidencia en la salud pública, razón por la cual reclaman el derecho a gozar del suministro de agua potable y alcantarillado.

De las pruebas que obran en el proceso, se colige que la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en el sector mencionado es notoriamente deficiente, en detrimento de los derechos fundamentales de la vida y la salud de sus habitantes. Así lo reconocen el Alcalde de Santa Marta, el Gerente de METROAGUA y el Director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, al afirmar que para solucionar dicho problema, la administración adelanta actualmente la licitación para la construcción de una nueva planta de tratamiento que permita llevarle agua a la comunidad de Taganga, que en el futuro solucione dicha situación. Empero, esta determinación por parte de las autoridades distritales de Santa Marta no protege por sí sola en forma inmediata los derechos constitucionales visiblemente amenazados a causa de la omisión por parte de estas en lo concerniente a la óptima y eficiente prestación de los servicios públicos a los habitantes de la comunidad de Taganga.

Cabe recordar que conforme lo establece el artículo 365 de la Carta Política, los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, constituyendo un deber de este, asegurar su prestación eficiente. Siendo el objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades básicas insatisfechas en materia de saneamiento ambiental, resulta pertinente ordenar a las autoridades distritales de Santa Marta, ante la ausencia absoluta de agua potable en el corregimiento de Taganga, y su incidencia en la salud pública, proteger los derechos ambientales de sus habitantes, frente a la amenaza de vulneración de los mismos, la adopción de medidas encaminadas a la solución oportuna de los problemas inherentes al suministro de agua potable en dicho corregimiento y al vertimiento de aguas residuales sin tratamiento previo en la bahía, como se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

Acerca de la contaminación que se presenta en la bahía de Taganga, como se encuentra acreditado en este proceso, se ordenará igualmente a las autoridades administrativas del Distrito de Santa Marta, que definan e implementen un sistema de recolección, tratamiento y disposición de aguas negras en dicho sector.

Adicionalmente, según se pudo verificar durante la diligencia de inspección judicial y lo reiteraron las mismas autoridades del Distrito de Santa Marta, existe una desmedida pro-

liferación de construcciones sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin control por parte de estas, que han repercutido en el incremento del problema ambiental y de agua que existe en dicha zona, sin que exista inspección ni vigilancia alguna con respecto al levantamiento de nuevas viviendas u otro tipo de construcciones.

En razón de lo anterior, se dispondrá que a partir de la notificación de la presente providencia, se suspenda el otorgamiento de todo tipo de licencias de construcción en Taganga, y se adopten todas las medidas a que haya lugar para evitar que se sigan realizando nuevas construcciones a fin de evitar la vulneración de los derechos de la citada comunidad.

La expedición de las licencias de construcción en Santa Marta

Según los escritos presentados dentro del proceso y las declaraciones recibidas, y demás pruebas que obran en el expediente, uno de los más graves problemas que padece actualmente la zona de El Rodadero en el Distrito de Santa Marta, es igualmente el de la proliferación de nuevas construcciones y edificaciones que han incrementado la difícil situación en la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, que no es el suficientemente adecuado para atender los requerimientos de las nuevas construcciones. De esta manera, el otorgamiento desmedido de licencias de construcción en el mencionado sector por parte de la Secretaría de Planeación Distrital, constituye a juicio de los accionantes e intervinientes, un factor que contribuye significativamente a agravar los problemas ambientales y a la deficiente prestación del servicio público de alcantarillado en el Distrito de Santa Marta.

En cuanto a la expedición de dichas licencias, el Secretario de Planeación indicó:

"En relación a la concesión de licencias de construcción en el Distrito de Santa Marta, y el procedimiento que las mismas demandan, tenemos un plan de desarrollo vigente consignado en el decreto 1045 de 1992, el cual contempla un código de urbanismo como instrumento para el manejo y otorgamiento de licencias de construcción (...). Aparte de lo establecido por el plan de desarrollo en base al plan de gobierno, se le hizo un ajuste al plan de desarrollo de acuerdo al mandato legal; allí quedó por primera vez en la historia de Santa Marta el componente ambiental (...)

Siendo conscientes de que en el sector sur - zona turística comprendida entre El Rodadero y la quebrada El Doctor es deficiente el servicio de alcantarillado, específicamente en El Rodadero se han establecido internamente mecanismos para evitar la alta densificación (...). La Secretaría de Planeación no otorga licencias de construcción a proyectos que no traigan viabilidad de servicios públicos dadas por las empresas prestadoras de servicios públicos, como METROAGUA que da la viabilidad de servicios de agua potable y alcantarillado.

Como una política de la administración, todo tipo de proyecto a ubicarse en áreas de desarrollo turístico deberá contar así tenga cobertura de alcantarillado, con su respectiva planta de tratamiento y disposición de aguas residuales.

...

La administración Distrital se propone adelantar el estudio de ordenamiento territorial en donde se contemplarán las necesidades en cuanto a infraestructura y planes de manejo ambiental con el fin de proyectar la ciudad en su verdadera vocación.

...

En Taganga hay un gran problema ambiental que se ha ido generando en el sector de Playa Grande por no tener servicios sanitarios adecuados, de acueducto está llegando algo y alcantarillado no hay nada.

Las licencias o permisos de construcción tienen su fundamento en el principio constitucional según el cual la propiedad tiene una función social y por ello implica obligaciones. Su fin es que el Estado debe supervigilar el destino que las personas deben dar a la propiedad y las limitaciones que deben consagrarse para que puedan los entes estatales prestar los servicios públicos fundamentales como agua, luz, alcantarillado, etc. y garantizar la protección de los mismos".

Como lo ha expresado esta Corporación en anteriores oportunidades, el otorgamiento de una licencia de construcción implica por parte de las autoridades administrativas, un estudio previo y responsable respecto de la posibilidad de garantizar la debida prestación de los servicios necesarios para gozar del derecho a una vivienda digna. Por ello la Corporación en sentencia T-366/93, dispuso suspender por un término determinado, el otorgamiento indiscriminado de licencias de construcción, en razón de no haberse adoptado las medidas requeridas para la prestación de los servicios públicos esenciales.

Con el objeto de determinar si esa misma situación se configura en la ciudad de Santa Marta, conviene precisar lo siguiente:

Como lo expresó el Secretario de Planeación Distrital durante la diligencia de inspección judicial, las autoridades locales son conscientes del problema que actualmente existe en el distrito en materia del servicio público de alcantarillado, particularmente en la zona de El Rodadero, por lo que se han adoptado mecanismos especiales para evitar la alta densificación. Afirma igualmente, que la Secretaría de Planeación ha sido estricta en la concesión de licencias de construcción, requiriendo la viabilidad de servicios públicos, la cual es determinada por entidades como METROAGUA, CORPAMAG, y en especial, exigiendo que el proyecto cuente con su respectiva planta de tratamiento, en el caso de ubicarse en áreas de desarrollo turístico.

En el caso sub examine no se encuentra acreditado que en lo concerniente a la expedición de las licencias de construcción, se hubiese obtenido la exigencia por parte de la Secretaría de Planeación Distrital de Santa Marta, acerca de la viabilidad ambiental como requisito previo para la concesión de las mismas. Es de anotar que las licencias ambientales se otorgan una vez el propietario o ejecutor de un proyecto, obra o actividad, cumple con la elaboración de los estudios de impacto ambiental que la Corporación Autónoma Regional del Magdalena le exige, después de formulada la solicitud con el cumplimiento de los requisitos legales (Decreto 1753 de 1994 y Resolución 655 de 1996 del Ministerio del Medio Ambiente). Admitida la petición, deben efectuarse por parte de la Corporación menciona-

da, las inspecciones correspondientes al lugar de construcción del proyecto o de realización de la actividad u obra, y su área de influencia, con el fin de determinar los términos de referencia para la elaboración del estudio de impacto ambiental. De acuerdo a ello, satisfechos los requisitos de estudio de impacto ambiental, se evalúan las medidas allí contempladas y se determina su aplicabilidad para la ejecución de la obra y de ser viable, se otorga la licencia ambiental incluyendo los permisos a que haya lugar.

Frente a los problemas ambientales y de alcantarillado existentes en el Distrito de Santa Marta, particularmente en la zona de El Rodadero hasta el puente sobre la quebrada El Doctor, es procedente ordenar a la Alcaldía Distrital de Santa Marta a través de la Secretaría de Planeación Distrital, que en adelante exija la viabilidad ambiental expedida por la Corporación Autónoma Regional del Magdalena como requisito previo para la expedición de las licencias respectivas.

Así mismo y con fundamento en la inspección judicial practicada, la Corte estima necesario que a fin de lograr un desarrollo planificado del distrito de Santa Marta, la Alcaldía, en coordinación con el Comité Ambiental Distrital creado mediante Decreto 728 de 1994, CORPAMAG y las demás autoridades ambientales, elaboren y adopten un "Plan de Ordenamiento de los Usos del Suelo" para el Distrito de Santa Marta, a través del cual se establezca la obligación para las construcciones que se instalen en el área de influencia de los balnearios de Taganga, El Rodadero, Bello Horizonte, sector Irotama, Aeropuerto, Piedra Hincada, y en general toda la zona costera del Distrito de Santa Marta, de habilitar sistemas adecuados de tratamiento de las aguas residuales, de manera que se garantice la eficiencia en la remoción de los agentes contaminantes determinados en las normas legales.

Por consiguiente, para los efectos de contar con un sistema adecuado de tratamiento de aguas servidas, la Corporación Autónoma Regional del Magdalena deberá adoptar un plan de cumplimiento, donde se especifique el tipo de tratamiento que se requiere.

El problema de las basuras y las soluciones que deberán adoptarse

En criterio de los demandantes, otro de los problemas ambientales que están afectando a la población de Santa Marta, con graves consecuencias sobre su salud por la contaminación ambiental, es el relacionado con las basuras.

Con relación a lo anterior, el Gerente de la Empresa de Aseo de Santa Marta, afirmó que "en la actualidad el cubrimiento es del 97.78% (reciben el servicio 60.860 de las 62.240 viviendas del distrito)". Y agregó que "el distrito cuenta con el botadero de basuras Veracruz, pero por problemas de contaminación que ha venido generando, se ha previsto el cambio de lote para la disposición de los desechos o basuras. En el momento se viene realizando un tratamiento primario de las basuras, medianamente tecnificado para mitigar los efectos del material allí presente".

Como se verificó en la diligencia de inspección judicial y con fundamento en las declaraciones recibidas, el problema de las basuras en el Distrito de Santa Marta no radica en la recolección de las mismas, sino en la contaminación que se viene produciendo en el actual

botadero por la falta de tratamiento de las mismas, a fin de proteger el medio ambiente.

Según el citado funcionario, actualmente se vienen desarrollando una serie de negociaciones con el gobierno español para el montaje de una planta de incineración de residuos sólidos urbanos con el fin de producir energía eléctrica.

En relación con el manejo de las basuras, el director de CORPAMAG expidió la resolución No. 581 de marzo 6 de 1997 por medio de la cual impuso medidas preventivas de saneamiento ambiental a la Empresa de Servicios Públicos de Aseo de Santa Marta, Espa, por el manejo del botadero Veracruz.

No obstante lo anterior, a juicio de la Sala se requiere la adopción de estrictas medidas tendientes a proteger el derecho a un ambiente sano, amenazado por la contaminación que actualmente se presenta en el botadero de basuras del distrito. Para el efecto, resulta procedente ordenar al Alcalde Distrital de Santa Marta que en un plazo no superior a los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a realizar las diligencias necesarias para la iniciación de la construcción o reubicación del botadero de basuras, con sus respectivos estudios técnico-ambientales, así como la elaboración del plan de manejo de los residuos sólidos del distrito.

Así mismo, con el fin de proteger los acuíferos de Santa Marta, la administración distrital debe acogerse a las obligaciones impuestas por la Corporación Autónoma Regional del Magdalena en la citada resolución, por medio de la cual se establecieron medidas preventivas para el manejo del botadero de basuras Veracruz.

Además de ello, teniendo en cuenta la función primordial que en el proceso de protección y defensa del medio ambiente viene cumpliendo y desarrollando en el Departamento del Magdalena la Corporación Autónoma Regional - CORPAMAG y las dificultades existentes, generadas primordialmente por la demora ostensible por parte de la administración distrital en transferir los recursos recaudados por concepto de porcentaje ambiental del impuesto predial, dentro de los términos legales, los cuales constituyen el patrimonio necesario para el cumplimiento adecuado y eficiente de las funciones de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, a fin de garantizar a los habitantes del Distrito de Santa Marta una eficaz prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, se ordenará a la Tesorería Distrital de Santa Marta que haga efectiva la transferencia de los recursos recaudados por concepto de porcentaje ambiental del impuesto predial a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG dentro de los términos legales (artículo 44 de la Ley 99 de 1993).

Igualmente, deberá efectuarse la transferencia de los demás recursos recaudados por el distrito, bajo el concepto de patrimonios y rentas de la Corporación, de que trata el artículo 46 de la Ley 99 de 1993.

V. El medio ambiente y el carbón.

En la providencia por medio de la cual se decretaron pruebas en el proceso de la referencia, se dispuso extender la diligencia de inspección judicial, a fin de determinar la existencia de concentración de partículas de carbón en el aire, en la zona de la bahía de Santa Marta adyacente al puerto de Carboandes y en la zona de influencia de los Puertos de Prodeco y de la Drummond, así como el efecto de la contaminación por carbón en la salud de las personas.

Es evidente que este aspecto no se encuentra relacionado dentro de los hechos consignados en las demandas cuyos expedientes fueron acumulados, razón por la cual no es posible adoptar medidas coercitivas con respecto a las empresas encargadas del transporte y carga del carbón, o a las autoridades que ejercen la respectiva inspección y control, con respecto a quienes tienen a su cargo, la producción y comercialización de bienes y servicios.

Pero ello no obsta, a juicio de la Sala, para que en desarrollo de la función de protección del derecho a gozar de un medio ambiente sano, puedan realizarse oportunas recomendaciones encaminadas a evitar que se atente contra la salud, la seguridad y la integridad física de los consumidores y usuarios, y a los mismos habitantes del sector aledaño a los puertos carboníferos.

Siendo un deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente y una función de la Corte la protección de los derechos constitucionales fundamentales, la Sala estimó de vital importancia verificar el procedimiento que utilizan los puertos carboníferos en el proceso de carga del carbón, su transporte en las barcazas y el descargue de las mismas en los buques que transportan el carbón, a fin de determinar si evidentemente los habitantes de Santa Marta gozan de un ambiente sano, lo que constituye uno de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Durante la inspección judicial realizada, se recorrieron las instalaciones de los puertos carboníferos de la Drummond, Prodeco y CarboAndes, donde se pudo constatar el proceso de transporte y cargue del carbón hasta las barcazas; allí los funcionarios de estas empresas explicaron dicho proceso, así como el funcionamiento y operación de los sistemas de aspersión para evitar que el levantamiento del polvillo del carbón genere problemas de contaminación, y otros mecanismos tendientes a proteger el ambiente y el entorno social y ecológico de los efectos del polvillo. Así mismo, se hizo un recorrido en helicóptero por la zona donde se efectúa el descargue del carbón de las barcazas hasta los buques transportadores, a través del cual se verificó que en efecto, no se atienden en forma íntegra las reglas y procedimientos establecidos para el cargue y descargue del carbón, pues la máquina que extrae el carbón de la barcaza y lo coloca dentro de las bodegas del buque no completa adecuadamente dicho proceso, ya que descarga el carbón desde la parte alta, sin colocar el mineral dentro de las bodegas en forma absoluta, permitiendo de esa manera que fácilmente por efecto de los fuertes vientos de la zona, se lleve el polvillo del carbón hacia la bahía y genere posible contaminación. Al respecto, el Director de CORPAMAG advirtió que esta situación no es normal y es objeto de sanciones debido a los problemas ambientales que acarrea, pero que es difícil ejercer un control estricto por la falta de barcos para la vigilancia.

Así mismo, la Sala visitó las instalaciones del Hotel El Decamerón - Puerto Galeón, de

conformidad con la solicitud previa presentada al efecto, a objeto de verificar la contaminación a causa de la emisión del polvillo del carbón. Allí se encontró que evidentemente en las paredes y pisos existían concentraciones de polvillo de carbón.

Aparte de ello, se recibieron declaraciones de los vecinos de la zona comprendida entre El Rodadero y el Puente del Doctor, donde se encuentran ubicados dos puertos carboníferos, mediante los cuales se afirma que la situación ambiental en la zona donde se encuentran ubicados los puertos carboníferos de la DRUMMOND y PRODECO, es bastante delicada a causa de los problemas de contaminación visual que se produce, por la expedición de partículas de carbón en suspensión en el aire, las cuales contaminan las playas y han generado numerosas quejas tanto de los habitantes y residentes de la zona, como de los turistas que visitan el sector.

Agregan que no obstante hace algunos meses se instaló un equipo para recoger muestras de las partículas en suspensión en el aire por parte de Prodeco y la Drummond, para así definir el grado de contaminación existente, este proceso "no es del todo confiable debido a que quienes están encargados de tomar las muestras y procesarlas es la misma empresa".

Cabe destacar la afirmación hecha por el señor Avila Peña, según el cual "*es excesivo el polvo de carbón que se encuentra en todas partes, en capas aterradoras, que cuando hay brisa forma verdaderas nubes que hacen imposible la respiración normal de un ser humano. Esta es una zona urbana, estrato seis de Santa Marta y los efectos de esa situación han sido gravísimos para mi familia y para mi porque me han obligado a ausentarme de la vivienda por la imposibilidad física de respirar aire denso y pesado de carbón tanto para mi, mi señora e hijo, que se ha visto afectado en su salud por esta situación, hasta el punto que he decidido abandonar la terminación de la construcción de la cabaña por la imposibilidad de vivir en ella por las situaciones anotadas. Pero no solo el problema es de las gruesas capas de nubes de carbón en el ambiente, sino que es también los altos niveles de ruido que produce la operación del puerto como son los rodillos metálicos de las bandas transportadoras del carbón en el muelle y que lamentablemente operan las 24 horas del día llevando a la persona a un estado de angustia sicológica por los altos niveles de ruido. Además la maquinaria de palas y buldózeres operando especialmente de noche con sus ruidos característicos que imposibilitan dormir y permanecer tranquilos. Cuando no se presenta el caso de que ya cansada la persona logra conciliar el sueño, a la una o dos de la mañana suenan los pitos de los remolcadores en el puerto que jalan las barcazas haciendo imposible la tranquilidad y un estado de ánimo sin alteraciones anímicas y sicológicas*". Todo ello según él y demás vecinos del sector, viene amenazando en forma grave e inminente su derecho fundamental a la vida y a la salud, lo que requiere de medidas urgentes y impostergables por parte de las autoridades competentes, que hasta la fecha han sido renuentes a buscar soluciones que atiendan sus necesidades.

Así mismo, es importante señalar que al expediente se aportó el correspondiente análisis mineralógico de las muestras recolectadas en las estaciones de medición de partículas en suspensión ubicadas en Los Alcatraces y El Aeropuerto, las cuales permiten determinar la composición de las partículas en suspensión en dichas áreas. Los análisis corresponden a muestras tomadas por CORPAMAG en el tercer y cuarto trimestre de 1996, así como del

primer trimestre de 1997. Dichos análisis establecen la participación de partículas de carbón dentro del total de partículas en suspensión recolectadas en las estaciones.

En este orden de ideas, dada la existencia de dichas partículas de carbón en el aire que circunda al Distrito de Santa Marta, y que es inhalado por sus habitantes, la Sala consideró de especial importancia determinar qué efectos produce en las personas dicho polvillo.

Al respecto, la señora Ministra de Salud, doctora Maria Teresa Forero de Saade, a través de oficio remitido a esta Corporación, puso en conocimiento de la misma la información relacionada con los efectos causados a la salud humana por la exposición al polvo de carbón. Sobre el particular, expresó:

*"**Principales efectos de la exposición a polvo de carbón***

1. Rinitis - enfermedad rino-sinusal.
2. Bronquitis industrial (cuando no se atribuye al cigarrillo).
*3. **Neumoconiosis del carbon (el agravante es su gravedad y pronóstico, dado que sus efectos son irreversibles).***
4. Agravamiento de otras enfermedades.

Problemas relevantes:

*1.- Incremento de explotación artesanal (**mayor riesgo de enfermar - accidente o muerte).***
2.- Adecuación ambiental de la política carbonífera por el Impacto ambiental y la afectación poblacional.

RIESGO DE ACCIDENTE DE TRABAJO EN LA EXTRACCION DE CARBON

Del total de AT (128.081) durante 1995, el sector de explotación del carbón se constituyó como la novena de las 26 actividades económicas.

Promedio de Días de Incapacidad
a) A nivel nacional = 28.3
b) Por extracción de carbón = 7.8
(...)

ESTUDIO EPIDEMIOLOGICO SOCIAL Y AMBIENTAL DE LA MINERIA DEL CARBON - CERREJON ZONA CENTRO Y LA JAGUA DE IBERICO - 1990 - 1995
Entidades que lo realizaron: ISS - CENSAT - MINSALUD

***MUESTRA TOTAL DE TRABAJADORES** : 410, en los cuales se encontró 12.5% Prevalencia Neumoconiosis y 46%, sospechosos de Enfermedad Neumoconiótica.*

***CONCLUSIONES** :*

La extracción de Carbón constituyó la 4a. actividad económica causante de costos a cargo del ISS durante 1995.

Sus efectos no solo tienen impacto ocupacional, sino que realmente comprometen la salud poblacional de aquellas regiones en las que se explota el mineral" *(negrillas y subrayas fuera de texto).*

Con fundamento en lo anterior, y teniendo en cuenta científicamente los efectos que produce el polvillo del carbón en la salud de las personas, es necesario que para contrarrestar la amenaza a la salud y a la integridad física de las personas con ocasión del proceso de cargue y descargue del carbón en los puertos carboníferos de la Drummond, Prodeco y Carboandes, se recomienda la adopción de medidas urgentes en orden a prevenir que dicha situación pueda acarrear la perturbación de la salud y demás derechos fundamentales de la población que habita en la zona aledaña a los puertos.

En tal virtud, acreditada como está la amenaza de los derechos al ambiente sano, a la integridad física, a la salud y a la vida, es preciso y oportuno recomendar al Ministerio del Medio Ambiente que elabore y adopte a la mayor brevedad, un proyecto de control integral sobre el manejo del carbón, desde su extracción en las minas hasta el cargue y descargue del mismo en los respectivos puertos, para así evitar daños y funestas consecuencias en la salud de las personas. Para tal efecto, deberán adoptarse controles en todo el proceso de cargue y descargue del carbón, así como mecanismos para evaluar la cantidad y efectos del polvillo esparcido en el ambiente, con la especificidad del carbón.

Para los mismos efectos, se recomendará a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena (CORPAMAG), en desarrollo de las funciones que le corresponden, para que efectúe la evaluación de los citados controles con una periodicidad no superior a los treinta (30) días.

Finalmente, resulta oportuno recomendar que el Director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, CORPAMAG, envíe las evaluaciones a que se refieren los dos puntos anteriores a la Secretaría de Salud del Magdalena, haciéndole entrega de las mismas al Ministerio del Medio Ambiente y al Ministerio de Salud, para que se adopten las medidas preventivas tendentes a evitar la posible contaminación a causa de los hechos descritos.

V. DECISION

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

RESUELVE :

REVOCANSE las sentencias proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta y por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fechas 12 de noviembre y 12 de diciembre de 1996 respectivamente, dentro del proceso de

tutela promovido por el ciudadano Francisco Escobar Silebi y Otros, así como por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta de fecha 13 de noviembre del mismo año, dentro del proceso de tutela instaurado por el ciudadano Roberto Parra Ruíz. En su lugar se dispone:

Primero. TUTELAR los derechos a la vida, al ambiente sano y a la salud de los ciudadanos Francisco Escobar Silebi y Otros, habitantes del distrito turístico, cultural e histórico de Santa Marta, amenazados por las acciones y omisiones en que han incurrido las autoridades administrativas del distrito, a que se refiere la presente providencia.

Segundo. En orden a la protección de los citados derechos, se dispone lo siguiente:

2.1 El Alcalde Distrital de Santa Marta, en coordinación con el Comité Ambiental Distrital así como el Director de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena y las demás autoridades ambientales, deberán elaborar y adoptar un PLAN DE ORDENAMIENTO DE LOS USOS DEL SUELO para el Distrito de Santa Marta, para los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia.

En el acto administrativo correspondiente deberá quedar consignada la obligación, en relación con las construcciones que se instalen en el área de influencia de los balnearios de Taganga, El Rodadero, Bello Horizonte, sector Irotama, Aeropuerto, Piedra Hincada, y en general, de toda la zona costera del distrito de Santa Marta, de habilitar sistemas adecuados de tratamiento de aguas residuales que garanticen la eficiencia de la remoción de contaminantes en la forma prevista en las disposiciones legales vigentes.

2.2 La Alcaldía Distrital de Santa Marta, a través de la Secretaría de Planeación Distrital, exigirá así mismo, la viabilidad ambiental expedida por la Corporación Autónoma Regional del Magdalena como requisito previo para la expedición de las licencias de construcción y/o instalación de los proyectos, obras y actividades que las requieren, de acuerdo a las definiciones legales pertinentes.

2.3 Con el fin de proteger los acuíferos de Santa Marta, la Administración Distrital deberá acogerse en los plazos fijados por la Corporación Autónoma Regional del Magdalena a las obligaciones impuestas en la resolución 581 del 6 de marzo de 1997, por medio de la cual se establecieron medidas preventivas para el manejo del botadero Veracruz, actual basurero del distrito.

2.4 Así mismo, el Alcalde Distrital de Santa Marta en un plazo no superior a los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta providencia, procederá a iniciar los trámites requeridos para la construcción o reubicación del botadero de basuras, con sus respectivos estudios técnico-ambientales, así como la elaboración del plan de manejo de los residuos sólidos del distrito.

2.5 La Tesorería Distrital de Santa Marta deberá efectuar dentro de los noventa (90) días siguientes a la notificación de esta providencia, las transferencias de los recursos recauda-

dos por concepto de porcentaje ambiental del impuesto predial a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena, así como los demás recursos recaudados por el distrito bajo el concepto de patrimonios y rentas de la Corporación, conforme a lo establecido para el efecto en los artículos 44 y 46 de la Ley 99 de 1993.

2.6 A fin de optimizar e independizar los sistemas de recolección, tratamiento y disposición de las aguas residuales de Santa Marta, Rodadero y Rodadero Sur, hasta la quebrada El Doctor, la Alcaldía Distrital de Santa Marta, en coordinación con la empresa METROAGUA S.A. y ESPA, realizará las gestiones encaminadas a terminar el sistema de bombeo, teniendo en cuenta las especificaciones necesarias para realizar una adecuada difusión de las aguas residuales de la ciudad.

De la misma manera, las mencionadas autoridades deberán diseñar los planes requeridos para la adopción de un sistema de pretratamiento de las aguas residuales del distrito de Santa Marta, con el fin de disminuir la carga contaminante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Así mismo, deberán diseñar el sistema de alcantarillado, pretratamiento y disposición final de aguas residuales de los sectores de El Rodadero, Rodadero Sur, Bello Horizonte y la zona costera hasta la Quebrada El Doctor, independizando los sistemas del de la ciudad de Santa Marta.

2.7 El Distrito de Santa Marta deberá definir e implementar los sistemas de recolección, tratamiento y disposición final para las aguas residuales de Taganga.

Tercero. ORDENAR al Alcalde Distrital de Santa Marta, que, a partir de la notificación de esta providencia, disponga lo conducente a fin de que la administración a su cargo, suspenda el otorgamiento de todo tipo de licencias de construcción en el corregimiento de Taganga, durante el término de tres (3) años, y adopte las medidas a que haya lugar, a fin de evitar que se sigan realizando nuevas construcciones en dicha zona, mientras se adoptan las medidas necesarias que garanticen la prestación adecuada de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en el sector.

Cuarto. RECOMENDAR al Ministerio del Medio Ambiente que elabore y adopte un proyecto de control integral al manejo del carbón, desde su extracción de las minas hasta el cargue del mismo en los respectivos puertos, para así evitar daños en la salud de las personas.

Para tal efecto, se recomienda a las autoridades correspondientes adoptar controles en todo el proceso de cargue y descargue del carbón, así como mecanismos para evaluar la cantidad y efectos del polvillo esparcido en el ambiente, con la especificidad del carbón.

En este sentido, se recomienda a la Corporación Autónoma Regional del Magdalena (CORPAMAG), que efectúe la evaluación de los citados controles con una periodicidad no superior a los treinta (30) días.

Quinto. COMISIONAR al Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta para que vigile el estricto cumplimiento de todas las decisiones adoptadas en esta providencia, en los términos previstos en el Decreto 2591 de 1991.

Sexto. ORDENAR que por la Secretaría General de la Corte Constitucional se comunique esta providencia al Tribunal Contencioso Administrativo de Santa Marta y al Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-Con salvamento de voto-

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA No. SU-442
septiembre 16 de 1997

JUEZ CONSTITUCIONAL Necesidad de probar conexidad eventual del medio ambiente con derecho fundamental.

La acción de tutela sólo procede contra acciones u omisiones que vulneren o amenacen los derechos fundamentales. La Corte ha indicado , reiteradamente, que los derechos constitucionales al medio ambiente, a la salud y a la salubridad pública son, en principio, derechos constitucionales no fundamentales. Sin embargo, su afectación podría, por conexidad, comprometer alguno de estos últimos. En este evento, el juez constitucional debe demostrar la relación de conexidad entre el derecho constitucional claramente villado y los derechos fundamentales que serían protegidos. La doctrina consolidada de esta corporación acepta que sólo en casos como el derecho a la educación y a la seguridad social de las personas de la tercera edad, se predique la existencia de una conexidad necesaria. En los restantes eventos en los cuales se afecte uno o varios derechos constitucionales no fundamentales, la tarea del juez constitucional consiste en demostrar la llamada conexidad eventual, a fin de dar curso al amparo constitucional solicitado.

Referencia: Expedientes T-120.950 y T-124.621

Actores: Francisco Escobar Silebi, Jorge Eduardo Escobar, Silebi, y otros

Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA

1. Por las razones que brevemente expongo, con todo respeto, me aparto de la sentencia SU-442 de 1997. A mi juicio, en la citada decisión la Corte dejó de demostrar los presupuestos básicos de procedencia de la acción de tutela y se apartó, sin siquiera indicar la razón para ello, de la doctrina constitucional vigente, fundada en la evolución que ha sufrido la jurisprudencia constitucional desde 1992.

2. La acción de tutela sólo procede contra acciones u omisiones que vulneren o amenacen los derechos fundamentales. La Corte ha indicado, reiteradamente, que los derechos constitucionales al medio ambiente, a la salud y a la salubridad pública son, en principio, derechos constitucionales no fundamentales. Sin embargo, su afectación podría, por conexidad, comprometer alguno de estos últimos. En este evento, el juez constitucional debe demostrar la relación de conexidad entre el derecho constitucional claramente violado y los

derechos fundamentales que serían protegidos.

La doctrina consolidada de esta Corporación acepta que sólo en casos como el derecho a la educación y a la seguridad social de las personas de la tercera edad, se predique la existencia de una conexidad necesaria. En los restantes eventos en los cuales se afecte uno o varios derechos constitucionales no fundamentales, la tarea del juez constitucional consiste en demostrar la llamada "conexidad eventual", a fin de dar curso al amparo constitucional solicitado.

3. En el caso que dio lugar a la sentencia de la cual me aparto, quedó demostrada la vulneración del derecho al medio ambiente. Por su parte, la violación del derecho colectivo a la salubridad pública, generada por las omisiones de las autoridades locales, habría podido acreditarse. Sin embargo, nunca se demostró - lo que no significa que, a la postre no resulte cierta -, la afectación del derecho fundamental a la vida de los habitantes de las poblaciones comprometidas.

En efecto, después de una larga exposición sobre la necesidad de probar la relación de conexidad entre el medio ambiente, la salubridad pública y la salud con el derecho a la vida - único derecho fundamental que, al parecer, resultaría afectado -, la sentencia se limita a suponerla o presumirla. Basta verificar que la mayoría tan sólo expresa que "*resulta **evidente** que al lado del interés colectivo perseguido, se encuentran comprometidos derechos fundamentales individuales de carácter constitucional, como lo son el derecho a la vida, a la salud y a la salubridad pública (...)*", sin aportar ninguna prueba que fundamente su aserto.

4. Los hechos probados, como el desbordamiento en algunas áreas de aguas residuales, la expedición irregular de licencias de construcción, la deficiente recolección y tratamiento de basuras, y la existencia de partículas de carbón en el aire, pueden dar lugar a graves problemas ambientales que, eventualmente, podrían afectar los derechos fundamentales - como la vida, el mínimo vital o la integridad - de los miembros de la comunidad. Sin embargo, para que proceda la acción de tutela es requisito necesario demostrar tal afectación y no, simplemente, suponerla.

Se imponía entonces profundizar la actividad probatoria y aguzar el análisis constitucional, a fin de demostrar, como lo exige la Constitución, que las condiciones de perturbación del medio ambiente en Santa Marta y las poblaciones aledañas comprometen o amenazan, ciertamente, los derechos fundamentales de sus habitantes.

5. Pero la sentencia no sólo omite demostrar el aspecto central que le permite al juez constitucional proceder a conceder el amparo - la conexidad -, sino que la propia mayoría entra en una grave contradicción interna y con la doctrina constitucional vigente.

En efecto, según una parte de la sentencia, apoyada en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, los derechos a la salud y a la salubridad pública no son derechos fundamentales cuyo amparo pueda solicitarse a través de la acción de tutela. No obstante, en otros fragmentos de la decisión, uno de ellos arriba transcrito, la mayoría dice proteger *"el dere-*

cho fundamental a la salud y a la salubridad pública". La Corte debe hacerse cargo de preservar su tradición jurisprudencial, lo que incluye su modificación cuando ello se imponga en el plano argumental o lo exija el cambio de las circunstancias. Lo que, sin embargo, nunca debe hacer es incurrir en las contradicciones que se anotan, y, por el simple afán de tutelar derechos, dejar de distinguir cuáles son fundamentales y cuáles no lo son.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

SENTENCIA No. SU-476
septiembre 25 de 1997

LIBERTADES CIUDADANAS-Restricciones

La vida en comunidad conlleva forzosamente el cumplimiento de una serie de deberes recíprocos por parte de los asociados, el primero de los cuales es el de respetar los derechos de los demás. De ello se desprende la consecuencia lógica de que el hombre en sociedad no es titular de derechos absolutos, ni puede ejercer su derecho a la libertad de manera absoluta ; los derechos y libertades individuales deben ser ejercidos dentro de los parámetros de respeto al orden jurídico existente y a los valores esenciales para la vida comunitaria como son el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social, bienes todos estos protegidos en nuestro ordenamiento constitucional. Por tal razón, dentro de un Estado social de derecho como el que nos rige, el interés individual o particular debe ceder al interés general, que es prevalente en los términos de la Constitución Política. Todos los ciudadanos pues, individual y colectivamente, deben someterse en el ejercicio de sus derechos y libertades a la normatividad establecida, lo cual implica de suyo el aceptar limitaciones a aquellos.

ESTADO DE DERECHO-Justificación a limitación de libertades de cada persona

La necesidad de mantener el Estado de derecho en un clima de convivencia y armonía social, es lo que justifica que el ejercicio de las libertades de cada persona, o de un grupo de ellas, se encuentre limitado por parámetros normativos reguladores del comportamiento ciudadano. La Constitución Política de 1991, además de garantizar la efectividad de los principios y derechos individuales, también garantiza la efectividad de los deberes ciudadanos y reconoce en el servicio a la comunidad y en la promoción de la prosperidad general, valores esenciales del Estado.

ORDEN PUBLICO Y LIBERTADES CIUDADANAS-Fundamento y restricciones

Las restricciones a las libertades ciudadanas encuentran fundamento en el concepto de orden público, entendiendo por tal, las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que debenexistir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Para que estas condiciones mínimas se cumplan es necesario, por parte del Estado, a través de las respectivas autoridades, adelantar una labor

preventiva que las haga efectivas.

CONSERVACION DEL ORDEN PUBLICO-Regulación ejercicio de derechos y libertades de gobernados/**PODER DE POLICIA ADMINISTRATIVO**-Reglamentación y ejecución de normas

La conservación del orden público en todo el territorio nacional implica la adopción, por parte de las autoridades, de medidas que regulen el ejercicio de los derechos y libertades de los gobernados. Su aplicación debe extenderse hasta donde el mantenimiento del bienestar general lo haga necesario, con observancia de las condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Dichas medidas, dictadas en ejercicio del llamado "poder de policía", se materializan en normas de carácter nacional, departamental o municipal, abstractas, impersonales y objetivas, cuya finalidad, es asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y el predominio de la solidaridad colectiva. En desarrollo de este poder de policía, la propia Carta Política y la ley, otorgan a las autoridades administrativas, en virtud del llamado "poder de policía administrativo", la reglamentación y ejecución de las normas, lo cual compromete dos aspectos específicos : la gestión administrativa concreta y la actividad de policía propiamente dicha, asignada a los cuerpos uniformados a quienes les corresponde velar directamente por el mantenimiento del orden público, a través de las acciones preventivas o represivas legalmente reconocidas.

DEBER DE POLICIA ADMINISTRATIVO-Prevención de comportamientos particulares que alteren el orden público

El mantenimiento de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad 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.

DERECHOS A LA SEGURIDAD,TRANQUILIDAD, SALUBRIDAD y MORALIDAD PUBLICAS-Fundamental por conexidad

La Carta no otorga a la seguridad, a la tranquilidad, a la salubridad y a la moralidad el carácter de derechos fundamentales, frente a situaciones concretas, el desconocimiento de éstos puede conducir a la amenaza o violación de uno o varios derechos fundamentales como la vida, la intimidad personal y familiar, la salud, la paz, etc. En estos casos, la protección puede ser solicitada a través de la acción de tutela pues la afectación de los primeros incorpora el derecho fundamental cuya protección se reclama. Es lo que la doctrina constitucional ha denominado derecho fundamental por conexidad; es decir, cuando del desconocimiento de un derecho que no reviste las característica de fundamental, se derive amenaza o violación de otro u otros derechos fundamentales.

ACCION DE TUTELA-Procedencia por afectación de número plural de personas

siempre que sean identificables/**INTERES COLECTIVO**-Personas identificables

Ante la amenaza o vulneración de uno o varios derechos fundamentales donde aparezca involucrado un grupo de personas, determinadas o determinables, es jurídicamente viable, incluso por razones de economía procesal, que proceda la acción de tutela y más aun cuando un grupo de ellas, por considerarse con interés legítimo en el resultado del proceso, intervienen en él como coadyuvantes del actor, o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere interpuesto la tutela (art. 13 del decreto 2591 de 1991). Así como ocurre en el presente caso. Se trata realmente de una acumulación de acciones que persigue la protección de los derechos de cada uno de los individuos afectados.

DERECHO A LA TRANQUILIDAD,INTEGRIDAD E INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Actividades de prostitución y travestismo en el Chicó

AUTORIDAD DE POLICIA-Negligencia en adoptar medidas eficaces para controlar prostitución y travestismo en el Chicó

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Ejercicio de prostitución y travestismo dentro de parámetros mínimos

La Corte no pretende desconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tienen las prostitutas y travestidos en cuestión. En modo alguno ignora que las actividades de la prostitución y el travestismo en sí mismas no están prohibidas y, por tanto, no son ellas objeto de esta tutela. Ambas pueden ejercerse, pero no de manera irrazonable y desproporcionada, sino dentro de unos parámetros mínimos que no afecten el ejercicio de los legítimos derechos de terceros, de tal suerte que trasciendan el ámbito de la intimidad personal y familiar de personas ajenas a tales comportamientos y que, además, los repudian.

PROSTITUCION-Prevención y rehabilitación

ESTADO-Procura evitar que el hombre y la mujer se prostituyan/**PROSTITUCION**-Debe ceder frente al interés social, familiar y derechos fundamentales de terceros

Si el propio Estado procura evitar que la mujer y el hombre se prostituyan, resulta apenas lógico que el ejercicio de la prostitución se delimite y restrinja a lugares alejados de las zonas residenciales, con el propósito de evitar su incidencia a toda la comunidad, y que su influencia nociva afecte a los menores de edad. Esto implica, necesariamente, que el ejercicio de esta actividad debe ceder frente al interés social y familiar y frente a los derechos fundamentales de terceros cuando la misma desborda los límites del orden público. No sobra recordar que, de conformidad con el artículo 42 constitucional, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y corresponde al Estado y a la propia sociedad garantizar su protección integral. Tampoco puede ignorarse que se trata de una actividad alrededor de la cual suelen concurrir la comisión de delitos y la propagación de enfermedades venéreas, conductas éstas que deben prevenirse y controlarse de manera efectiva y oportuna por las autoridades públicas a quienes corresponda, con el fin de evitar que las mismas afecten a la colectividad. Se debe tener presente el derecho prevalente del actor, de los coadyuvantes y

de los residentes del sector, a gozar en su lugar de habitación y convivencia de las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que son, a su vez, elementos fundantes del orden público, y cuyo desconocimiento implica la violación los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar invocados por los actores, y que exige de las autoridades administrativas de policía, adoptar las medidas necesarias para mantener o restablecer el orden y proteger los derechos ciudadanos.

AUTORIDAD DE POLICIA-Cumplimiento de normas sobre orden y moral públicos y seguridad ciudadana

AUTORIDAD DE POLICIA-Prohibición de establecer nuevos lugares de prostitución en el sector

ACCION DE CUMPLIMIENTO-Improcedencia para protección de derechos garantizados por tutela

Referencia: Expediente T-127.634

Peticionario: Hernán Villamil Camacho

Procedencia: Consejo de Estado

Temas: Protección de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y familiar, a la paz y a vivir en condiciones dignas, cuando su violación es consecuencia de la afectación de la tranquilidad, seguridad, salubridad y moralidad pública.

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Antonio Barrera Carbonell -Presidente-, Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa, procede a revisar el fallo de tutela proferido por el Consejo de Estado, de fecha 27 de febrero de 1997, en el proceso de tutela originado en la demanda presentada por el ciudadano Hernán Villamil Camacho contra el alcalde mayor de Santafé de Bogotá y la alcaldesa Local de Chapinero, radicado bajo el número T- 127.634.

I. ANTECEDENTES

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional, escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

El expediente fue repartido a la Sala Novena de Revisión, presidida por el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, quien presentó ponencia ante la correspondiente Sala de Revisión, conformada por los Magistrados Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell.

Sin embargo, el magistrado Jorge Arango Mejía solicitó a la Sala de Revisión que la decisión fuera adoptada por la Sala Plena de esta Corporación, de acuerdo con el contenido del artículo 54A del acuerdo 01 del 31 de octubre de 1996, que adicionó el Reglamento de la Corte Constitucional.

1. Solicitud

El demandante solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad e intimidad personal y familiar; a la vivienda digna, al del medio ambiente sano, a la paz y de petición, supuestamente vulnerados por la omisión de las autoridades demandadas del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, de acuerdo con los siguientes hechos.

2. Hechos

Afirma el actor que años atrás, la Alcaldía Menor de Chapinero autorizó a lo largo de la carrera 15 entre calles 72 y 100, -Barrio el Chicó- el funcionamiento de una gran cantidad de negocios dedicados a la prostitución, al desnudismo y al expendio de licores, que con el tiempo han propiciado el surgimiento de graves problemas de orden público (presencia de atracadores, prostitutas, travestis, vendedores de droga, espectáculos de violencia y escándalos de tipo erótico sexual, etc.), con el consecuente deterioro de la calidad de vida del sector, mayoritariamente residencial.

El peticionario manifiesta que ante la crítica situación padecida en la zona, los vecinos decidieron solicitar formalmente la colaboración de las autoridades con el fin de controlar y erradicar el problema, para lo cual elevaron las correspondientes peticiones a la Alcaldía local de Chapinero y a la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, e incluso, al director general de la Policía Nacional, "sin que se hubiesen observado mayores acciones de las referidas autoridades en auxilio de los vecinos".

Ante la inoperancia de la Administración, el actor elevó una nueva petición a la Alcaldía local de Chapinero, respaldada por más de trescientas firmas de los vecinos, en la que se invitaba al alcalde local a una reunión con el propósito de exponer los reclamos de la comunidad y se solicitaba el aumento del pie de fuerza en la zona así como la ejecución de los operativos necesarios para garantizar el respeto de los derechos de los residentes. En atención a la invitación que se le hiciera, la alcaldesa Local de Chapinero asistió a la reunión efectuada el 1° de marzo de 1996, para informar a los vecinos acerca del aumento de efectivos de la policía en el perímtero afectado y la asignación de una tanqueta de la institución para controlar el problema en el sector.

Sin embargo los operativos de patrullaje desaparecieron a los pocos días de haber sido establecidos, y se recrudeció nuevamente la alteración del orden público en la zona, razón

por la cual el actor insistió ante la Alcaldía local de Chapinero, en ejercicio del derecho de petición, para que las autoridades competente adoptaran las medidas pertinentes tendientes a solucionar el problema.

En respuesta a la nueva petición elevada por el demandante, la asesora jurídica de la Alcaldía Local de Chapinero expidió la resolución N° 046 de 1996, por medio de la cual se prohibió el ejercicio de la prostitución y el travestismo en la zona, lo cual, a su juicio, no ha tenido efectiva aplicación.

Por último, el peticionario manifiesta haber agotado todas las instancias ante las autoridades administrativas del orden distrital y local, en busca de una solución a los graves problemas que ha venido padeciendo desde hace años, sin haber obtenido hasta la fecha un resultado positivo, como tampoco una respuesta satisfactoria por parte de la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá.

3. Pretensiones

Solicita el peticionario que el juez de tutela ordene al señor alcalde Mayor de Santafé de Bogotá que, en los términos del Estatuto Orgánico del Distrito, diseñe las estrategias necesarias para erradicar, por lo menos el problema de la prostitución callejera del área demarcada.

Además, solicita que se aplique la resolución N° 046 de 1996, para que efectivamente se prohíba el ejercicio de la prostitución pública y sus actividades conexas en el sector residencial en el que él vive con su familia.

II. ACTUACION JUDICIAL

1. Primera instancia

Mediante Sentencia del 28 de enero de 1997, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió conceder la tutela impetrada por el actor, por considerar que las medidas adoptadas por la Administración local, tendientes a erradicar el problema de orden público, no fueron suficientes. Estima el h. Tribunal que si bien la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá y la local de Chapinero han procedido a la expedición de algunos actos administrativos destinados a controlar el problema de las calles afectadas, la función que la Constitución y las Leyes les asignan como garantes del orden público, exige de ellas su completa preservación.

En consecuencia, al tutelar los derechos del demandante y de los coadyuvantes que suscribieron la acción, el h. Tribunal ordenó a la Alcaldía Local de Chapinero la organización y coordinación de los operativos necesarios para contrarrestar y sancionar las conductas contravencionales perpetradas en la zona.-

2. Impugnación del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

Mediante apoderado judicial, el Distrito Capital de Santafé de Bogotá impugnó la deci-

sión emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que no es la inactividad de la Administración Municipal, primera interesada en resolver el conflicto, sino la complejidad del problema social gestado en el barrio del Chicó, la causa fundamental de que el orden público no se hubiese podido controlar con la eficacia debida. Estima que la decisión judicial es una "intromisión" de la función jurisdiccional en la administrativa, y que la tutela, como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales, no procede para la protección de aquellos que sólo tienen rango legal, o para el cumplimiento de leyes, decretos o reglamentos.

Advierte que, a pesar de las medidas adoptadas por la Administración y la policía en cooperación con los vecinos, la conservación del orden público implica por sí misma que deban respetarse los derechos mínimos de quienes practican la prostitución y el desnudismo, y que dicha tensión de derechos dificulta una solución inmediata. Asegura que las peticiones de los solicitantes sí han sido respondidas, y que a la luz del actual ordenamiento constitucional, no está entre las facultades de las autoridades de policía ordenar retenciones, capturas o detenciones por la práctica de la prostitución.

3. Intervención del demandante, señor Hernán Villamil Camacho

El demandante impugnó la decisión del juez de primera instancia porque considera que debió ordenarse también al alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, dada la magnitud del problema, la adopción de medidas destinadas a garantizar los derechos de quienes habitan en la zona.

4. Segunda instancia

El Consejo de Estado, en providencia del 27 de febrero del año en curso, revocó la decisión de primera instancia. Estimó que las autoridades capitalinas ante las que el actor y sus coadyuvantes dirigieron sus peticiones, expidieron las respectivas respuestas en lo atinente a las medidas por adoptar con el fin de controlar y erradicar el problema de orden publico patente en la zona del Chicó, y que por lo tanto, el derecho de petición de los primeros no había sufrido desmedro.

Por lo demás, consideró el ad-quem que los derechos conculcados a los peticionarios, es decir, el de la tranquilidad, el del medio ambiente sano y el de la paz, no son derechos constitucionales fundamentales sino derechos colectivos, para cuya protección están diseñadas las acciones populares.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9°. de la Constitución Política, 31 a 36 del decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 01 de 1996, por el cual se adicionó el reglamento interno de esta Corporación, la Sala Plena de la Corte Constitucional, es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

1. Pruebas ordenadas por la Sala Novena de Revisión

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, mediante Auto del 8 de julio del presente año, decretó la recepción judicial de testimonios y una inspección ocular en el sector objeto de la presente acción de tutela, con el fin de tener una visión más actualizada de la situación planteada y poder evaluarla con mayores elementos de juicio.

Los siguientes son los apartes más relevantes del informe rendido por los funcionarios del Despacho del magistrado ponente, encargados de practicar las pruebas anteriormente mencionadas:

"Según los residentes y los administradores de los locales comerciales, y según puede constatar cualquier transeúnte, en las horas de la noche, durante toda la semana, pero con mayor intensidad en los días jueves, viernes y sábados, en la zona demarcada por las calles 94 y 100, entre las carreras 11 y 15, gran cantidad de travestidos y de prostitutas se apostan con el fin de ofrecer y ejercer su oficio. Sus negocios los concretan en los automóviles de los clientes y, por lo general, los servicios se prestan en el mismo vehículo o en la vía pública (cuando las características de la maniobra así lo permiten), y en las zonas umbrosas del barrio, preferiblemente en los sectores aledaños a los parques o en los garajes de las casas, según el gusto de quien paga el servicio.

"Así mismo...los trabajadores sexuales...aprovechan el extenso desfile de compradores potenciales o de simples noveleros que se forma a todo lo largo de las calles del sector... para exponer sus cuerpos desnudos y estimularse mediante tocamientos íntimos e insinuaciones lascivas.

"(...) También es común presenciar, por razón de la agresividad de los transformistas y eventualmente de las prostitutas, y tal vez por virtud del consumo de estupefacientes, escenas de agresiones personales con piedras, palos, etc.; agresiones verbales estridentes en la vía pública, hurtos (a curiosos y a consumidores mediante la utilización de gases paralizantes) y escándalos entre los mismos trabajadores sexuales, incluso, acompañados de disparos de arma de fuego.

"Los habitantes de la zona (una gran cantidad son ancianos y niños, al decir de los vecinos) aseguran no poder conciliar el sueño en las horas de la noche a causa del ruido proveniente de los establecimientos de comercio y de la congestión vehicular que se concentra en la calle; amén de que deben soportar los escándalos generados por los travestidos y las prostitutas en sus enfrentamientos privados y en los que tienen con la policía. Además, afirman que no pueden salir o llegar con tranquilidad a su casa después de ciertas horas de la noche, dependiendo del día de la semana, pues resulta altamente riesgoso para su seguridad el tener que enfrentar la presencia de los travestidos en los portones de sus residencias; y que en las mañanas deben recoger del frente de sus casas los excrementos que depositan en las noches los mencionados individuos y los preservativos que utilizan en sus oficios.

"Algunos de los vecinos aseguran haber sido objeto directo de agresiones y amena-

zas por parte de los sujetos de marras, quienes, dicen, ya los tienen identificados en el evento de que alguna medida de la autoridad los llegare a perjudicar. Aseguran, por ello, haberse enfrentado personalmente con los agresores y haber tenido que reforzar la seguridad de sus casas con rejas, alarmas y ventanas dobles, para evitar las evidentes perturbaciones a la tranquilidad, los daños a su propiedad y los posibles ataques a su integridad personal y a la de sus familias.

"Los habitantes del sector también coinciden en denunciar la complicidad que con los trabajadores sexuales tienen los taxistas, quienes facilitan el transporte de los transformistas hasta el barrio del Chicó, los recogen para llevárselos, participan en sus actividades y los alertan y ocultan contra la presencia de las autoridades de policía.

"Los administradores de los locales comerciales, por su parte, aseguran que, debido a la peligrosa situación del orden público de la zona, se han visto en la necesidad de adelantar la hora de cierre de los establecimientos, pues el riesgo aumenta en tanto avanza la noche y se incrementa la población dedicada al negocio sexual. Lo anterior, por supuesto, sin contar con el perjuicio económico que las actividades referidas infligen al comercio...

"Básicamente, los habitantes que residen en la zona perjudicada aseguran que la presencia de la policía es esporádica y que, fundamentalmente, no es efectiva. Además, los vecinos se quejan del retardo de la autoridad para atender las llamadas de emergencia y de su incapacidad para erradicar de manera definitiva el problema de orden público que padece el perímetro del Chicó."

Respecto de la inspección ocular realizada en las horas de la noche en el sector del Chicó, el informe hace, entre otras, las siguientes referencias:

"1° A las 10:45 p.m....se procedió a recorrer las calles consideradas en la demanda como de mayor tráfico sexual, no sin antes verificar el apostamiento de las trabajadoras sexuales a lo largo de toda la avenida 15, aproximadamente a partir de la calle 91. A dicha hora, la carrera 15, entre calles 95 y 100, delataba la presencia de jóvenes prostitutas que se acercaban a los carros ubicados sobre la vía pública para ofrecer sus servicios. Algunas subían a los vehículos y se marchaban con el conductor.

"2° Una hora después de la ronda inicial, las carreras 13, 14 y 15 presentaban un aspecto de verdadera congestión vehicular. Los transformistas, situados en las aceras de las casas residenciales, subían y bajaban de los taxis y abordaban a los conductores de los automóviles para marcharse con ellos, en algunos de los casos; los que permanecían en las esquinas, por su parte, exponían sus cuerpos semidesnudos (totalmente desnudos en ocasiones) y ofrecían sus servicios a los pasajeros de los automotores.

"3° El sector de mayor congestión fue, sin duda, el de la carrera 14 entre calles 95 a 98 y en menor proporción, los comprendidos entre las carreras 15 y 11 con avenida

100, el de la carrera 13 con 100.

"4° Se observó el ataque con piedras que tres travestidos dirigieron contra dos hombres que se movilizaban en un automovil, luego de haberse enfrentado con ellos en una fugaz riña; asimismo, pudo comprobarse la prestación de servicios sexuales a pasajeros de vehículos por parte de transformistas, dentro de los automóviles, en plena vía y a la vista pública.

"5° La policía metropolitana, hizo presencia esporádica aproximadamente hasta las 11:30 de la noche. Luego de dicha hora, se ausentaron definitivamente. Mientras vigilaron la zona, no se advirtió que los miembros de la fuerza pública hubieran asumido conducta diferente a la de observar en forma pasiva el comportamiento de los travestidos y de las prostitutas."

Igualmente, mediante Auto del 8 de julio del corriente, la Sala Novena de Revisión de esta Corporación solicitó a las Alcaldías Mayor de Santafé de Bogotá y local de Chapinero, y a la Policía Metropolitana del Distrito Capital, información relativa a la situación de orden público vivida en el sector del Chicó y a las medidas adoptadas con el fin de conservarlo.

La alcaldesa local de Chapinero, mediante oficio N° 442 A.J./97 afirmó que los operativos se continúan realizando en el sector afectado, incluso con posterioridad a la Sentencia del Consejo de Estado ; que la Defensoría del Pueblo solicitó la aplicación de medidas tendientes a resocializar a los individuos implicados en las actividades denunciadas por el tutelante, y que las medidas necesarias para castigar las conductas realizadas en el barrio del Chicó debían ser impartidas por el Legislador, pues ellas son ajenas a las competencias de las autoridades administrativas.

Adjunto al expediente se encuentra el informe rendido por el brigadier general Teodoro R. Campo Gómez, comandante de la Policía Metropolitana de Santafé de Bogotá, en donde constan las estadísticas aportadas por la institución sobre la comisión de delitos de diverso orden cometidos en la zona en los últimos meses. Asegura el informe que, como medidas para contrarrestar los brotes de delincuencia en el sector del Chicó, la Policía Metropolitana aumentó el número de agentes uniformados y destinó un grupo especial de control que viene cumpliendo con su cometido dentro del marco del respeto de los derechos a los individuos involucrados. Menciona así mismo la ejecución de operativos policiales en la zona y los enfrentamientos con los travestidos y las prostitutas que dichas medidas suscitan.

2. Lo que se debate

El demandante y los coadyuvantes de la tutela afirman que en el sector donde habitan (-barrio el Chicó, entre calles 94 a 100 y entre carreras 15 a 11) se ubican todas las noches gran cantidad de prostitutas y travestidos semidesnudos que ofrecen y ejercen su actividad en plena vía pública, sometiendo a los residentes a presenciar constantes escándalos y actos erótico-sexuales que realizan a la vista de todos los transeúntes, en las calles, en los parques del sector y en los antejardines de las residencias particulares. Sostienen, además, que el

ejercicio abierto de la prostitución y el travestismo se agrava con la venta de drogas y con los atracos que se cometen con frecuencia contra los desprevenidos transeúntes y los mismos residentes, sin que exista un control efectivo y permanente por parte de las autoridades, a pesar de los múltiples requerimientos hechos por los residentes del lugar.

La falta de control del orden público en la zona -sostienen- vulnera sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, a la intimidad personal y familiar, a la paz, a no ser molestados en sus personas o familias, el de petición y el derecho a vivir dignamente.

3. De las restricciones a las libertades ciudadanas en general.

1. La vida en comunidad conlleva forzosamente el cumplimiento de una serie de deberes recíprocos por parte de los asociados, el primero de los cuales es el de respetar los derechos de los demás. De ello se desprende la consecuencia lógica de que el hombre en sociedad no es titular de derechos absolutos, ni puede ejercer su derecho a la libertad de manera absoluta ; los derechos y libertades individuales deben ser ejercidos dentro de los parámetros de respeto al orden jurídico existente y a los valores esenciales para la vida comunitaria como son el orden, la convivencia pacífica, la salubridad pública, la moral social, bienes todos estos protegidos en nuestro ordenamiento constitucional. Por tal razón, dentro de un Estado social de derecho como el que nos rige, el interés individual o particular debe ceder al interés general, que es prevalente en los términos del artículo 1o. de la Constitución Política. Todos los ciudadanos pues, individual y colectivamente, deben someterse en el ejercicio de sus derechos y libertades a la normatividad establecida, lo cual implica de suyo el aceptar limitaciones a aquellos. Como dice Hans Kelsen "la sociedad implica el orden y el orden supone ciertas limitaciones. El Estado es un orden social en que los individuos se encuentran obligados a observar determinado comportamiento."[1]

2. Ni siquiera la Revolución Francesa, promotora de las libertades individuales en el mundo moderno, concibió el concepto absolutista del ejercicio de los derechos. En efecto, el artículo 4o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, señala al respecto: *"La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro"* ; igualmente, el artículo 10o. de la mencionada Declaración sostiene que *"nadie puede ser molestado por sus opiniones, aun las religiosas, con tal que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley"*. Por su parte, la Convención Americana sobre derechos humanos -"Pacto de San José de Costa Rica"-, haciendo referencia a la correlación entre deberes y derechos consagra en su artículo 32: *"Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática."* En concordancia con estas normas, el artículo 95 de la Constitución Política consagra como deber de la persona y el ciudadano, *"Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios"*

3. A su turno, esta Corporación, en múltiples pronunciamientos, ha reconocido la exis-

---

1 Teoría general del derecho y del Estado, Traducción de Eduardo García Máynez, México, 1958, pág. 337.

tencia de limitaciones al ejercicio de las libertades individuales. En reciente providencia, la Sala Novena de Revisión sostuvo sobre el particular :

"El artículo 5o. de la Constitución al expresar que "el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona", está aceptando que ésta mantiene su dignidad humana y, en principio, el ejercicio pleno de sus derechos, en particular, de aquellos que tienen la calidad de fundamentales. Por ello, las autoridades públicas en todas sus actuaciones están obligadas a tratar a las personas sin discriminación alguna, de conformidad con su valor íntimo, pues la integridad del ser humano constituye la razón de ser del Estado de derecho.

"Sin embargo, tal como lo ha reconocido esta Corporación en diferentes pronunciamientos, los derechos y principios reconocidos al ser humano no son absolutos y, por tanto, encuentran limitaciones derivadas, entre otras, de la propia naturaleza humana o de las imposiciones establecidas por la Constitución y la ley para mantener el Estado social de derecho dentro de un clima de convivencia social que implica la conciliación y regulación de intereses y derechos particulares. Por ello, las limitaciones al ejercicio de ciertos derechos previstas en el ordenamiento jurídico, no son caprichosas y lo que buscan es, precisamente, el cumplimiento de los objetivos del Estado, relacionados con la convivencia pacífica, la prevalencia del interés social, la moralidad, las buenas costumbres, la seguridad y la salubridad, entre otros."(Sentencia No. T-317/97, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa)

4. Así entonces, la necesidad de mantener el Estado de derecho en un clima de convivencia y armonía social, es lo que justifica que el ejercicio de las libertades de cada persona, o de un grupo de ellas, se encuentre limitado por parámetros normativos reguladores del comportamiento ciudadano. Recuérdese que la Constitución Política de 1991, además de garantizar la efectividad de los principios y derechos individuales, también garantiza la efectividad de los deberes ciudadanos y reconoce en el servicio a la comunidad y en la promoción de la prosperidad general, valores esenciales del Estado (art. 2o. C.P.).

4. El orden público y las limitaciones a los derechos individuales.

5. Las restricciones a las libertades ciudadanas encuentran fundamento en el concepto de orden público, entendiendo por tal, las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que deben existir en el seno de la comunidad para garantizar el normal desarrollo de la vida en sociedad. Para que estas condiciones mínimas se cumplan es necesario, por parte del Estado, a través de las respectivas autoridades, adelantar una labor preventiva que las haga efectivas : la seguridad, con la prevención permanente de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas; la tranquilidad, con la prevención de los desórdenes en general, ya se trate de lugares públicos o privados; la salubridad, con la prevención de factores patológicos que pongan en riesgo la vida, la salud o la integridad física de los ciudadanos ; la

moralidad, con la prevención de manifestaciones externas de conducta que no se ajusten a ciertos principios mínimos de respeto entre las personas y que, en algunos casos, se encuentran expresamente prohibidas por la ley.[2]

René Capitant, en su obra "Vocabulario jurídico", se refiere al orden público como "un conjunto de instituciones y reglas destinadas a mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre particulares y cuya aplicación es de obligatoria observancia". Francesco Antolisei, en su obra "Manuale di diritto penale", define el orden público como "la armónica y benéfica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública. A esta corresponde en los ciudadanos la sensación de tranquilidad y de seguridad".

6. Cabe puntualizar que, la conservación del orden público en todo el territorio nacional implica la adopción, por parte de las autoridades, de medidas que regulen el ejercicio de los derechos y libertades de los gobernados. Su aplicación debe extenderse hasta donde el mantenimiento del bienestar general lo haga necesario, claro está con observancia de las condiciones mínimas de respeto a la dignidad humana y a los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Dichas medidas, dictadas en ejercicio del llamado "poder de policía", se materializan en normas de carácter nacional, departamental o municipal, abstractas, impersonales y objetivas, cuya finalidad, se repite, es asegurar el cumplimiento de los deberes sociales y el predominio de la solidaridad colectiva. En desarrollo de este poder de policía, la propia Carta Política y la ley, otorgan a las autoridades administrativas, en virtud del llamado "poder de policía administrativo", la reglamentación y ejecución de las normas, lo cual compromete dos aspectos específicos : la gestión administrativa concreta (poder de reglamentación y supervisión) y la actividad de policía propiamente dicha, asignada a los cuerpos uniformados a quienes les corresponde velar directamente por el mantenimiento del orden público, a través de las acciones preventivas o represivas legalmente reconocidas.

En el caso concreto de los alcaldes, el artículo 315 de la Constitución dispone :

Artículo 315. *Son atribuciones del alcalde :*

"..."

2. Conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del Presidente de la República y del respectivo gobernador..."

Además, es preciso recordar que la Constitución Política, en el artículo antes citado, les ha reconocido a los alcaldes el carácter de *"primera autoridad de policía del municipio"*, y que, en tal virtud, la policía debe cumplir *"con prontitud y diligencia"* las órdenes que él

2 CIT: Cfr. p.ej. los arts. 336, 337, 338 y 339 del Código de Policía de Santafé de Bogotá D. E.

imparta por conducto del respectivo comandante (ibídem).

7. Bajo estos parámetros debe concluirse que el mantenimiento de la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad 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. Al respecto, el artículo 2o. del Código Nacional de Policía, Decretos 1355 de 1970 y 522 de 1971, señala: *"A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y la eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad y la moralidad públicas."*

5. La conservación de la tranquilidad, la seguridad y la moralidad a través de la acción de tutela.

8. Los derechos de las personas a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y la moralidad públicas, encuentran fundamento constitucional en el Preámbulo de la Carta que, haciendo referencia a los elementos estructurales del orden constitucional, se refiere a la vida, a la convivencia pacífica y a la paz como garantes de un orden político, económico y social justo. Este reconocimiento se reitera a lo largo del texto constitucional, entre otros en los artículos 1o., 2o., 11, 15, 16, 22, 24, 28, 95-6-8 y 189-4 de la Carta Fundamental.

9. Obsérvese que aun cuando la Carta no otorga a la seguridad, a la tranquilidad, a la salubridad y a la moralidad el carácter de derechos fundamentales, si resulta claro que, frente a situaciones concretas, el desconocimiento de éstos puede conducir a la amenaza o violación de uno o varios derechos fundamentales como la vida, la intimidad personal y familiar, la salud, la paz, etc. En estos casos, la protección puede ser solicitada a través de la acción de tutela pues la afectación de los primeros incorpora el derecho fundamental cuya protección se reclama. Es lo que la doctrina constitucional ha denominado derecho fundamental por conexidad; es decir, cuando del desconocimiento de un derecho que no reviste las característica de fundamental, se derive amenaza o violación de otro u otros derechos fundamentales.

10. En un caso análogo, donde se analizaba la procedencia de la acción de tutela frente a la afectación del derecho a la tranquilidad, esta Corporación afirmó :

"El derecho de las personas a la tranquilidad es materia propia de la normatividad constitucional, como se infiere del preámbulo que, al señalar los elementos estructurales del nuevo orden constitucional, alude a la convivencia y a la paz, que constituyen el sustento de la tranquilidad, lo cual se reitera más adelante en los artículos 2o, 15, 22, 28, 95, numeral 6o y 189, numeral 4 de la Carta, aunque de manera expresa el constituyente no consagró la tranquilidad como un derecho constitucional fundamental.

"No obstante, cuando la afectación de la tranquilidad, en determinadas circunstan-

tra quienes residen en el sector, haciéndolos víctimas de atracos, lesiones personales, amenazas y graves atentados contra el pudor. Tales hechos son públicos y notorios y se pueden constatar, además, en el videocasete anexo al expediente, el cual recoge una serie de informes que fueron divulgados por un noticiero de televisión[3]. De ellos se obtuvo, por otra parte, prueba fehaciente durante la inspección ocular y con base en los testimonios recibidos en la diligencia practicada por orden de esta Sala de Revisión, mediante Auto del 8 de julio del presente año.

14. De lo anterior puede colegirse, con toda evidencia, que las autoridades de policía no han dado cumplimiento cabal a lo dispuesto, entre otras normas, en el Código de Policía de Bogotá, D.E. (Acuerdo 18 de 1989), concretamente en su título V *("de la moral pública")*, Capítulo 1°. *("De las exhibiciones obscenas y de la decencia pública")*, y han omitido, especialmente cumplir con lo ordenado en los artículos 336 y 338 de dicho estatuto, que al tenor rezan:

> ***"Art. 336.-*** *Quien en lugar público o abierto al público realice actos contrarios a la decencia pública se le impondrá trabajo en obras de interés público"*
>
> *"**Art. 338.-** Quien en vía pública o en lugar público o abierto al público, faltare al respeto a otros, con frases, gestos, ademanes o con la ejecución sobre su cuerpo de maniobras eróticas, incurrirá en detención transitoria por veinticuatro (24) horas, siempre que el hecho no constituya delito".*

15. Cabe señalar, por lo demás, que según el informe de la Policía Nacional, en lo que va corrido del año se han presentado en el sector objeto de la presente tutela varios homicidios, 24 casos de lesiones personales, otros tantos por accidente de tránsito, 986 hurtos calificados con violencia sobre objetos, 332 hurtos calificados con violencia sobre las personas, 53 daños en bien ajeno, 3 asaltos a residencias con violencia sobre las personas, 84 hurtos de vehículos, más de 100 de motos, entre otros delitos. Este informe avala las declaraciones recibidas por la Sala Novena de Revisión a residentes y administradores de establecimientos comerciales del lugar, que dan cuenta del notable incremento en la comisión de delitos y del riesgo que la actividad de la prostitución y el travestismo representa para sus vidas, su integridad física y moral y su seguridad personal y familiar.

16. No obstante de tratarse de un hecho público y notorio, el accionante y los numerosos residentes del sector se han dirigido de manera insistente, a través de peticiones escritas a las autoridades distritales y locales, para lograr la garantía de sus derechos. Y pese a medidas tomadas por la Alcaldía local de Chapinero, y pese a que la policía y las autoridades administrativas afirman que se ha venido incrementando el pie de fuerza en el lugar y que se han tomado algunas medidas tendientes a controlar momentáneamente la situación, la alteración del orden público continúa y, por tanto, permanece el desconocimiento de los derechos constitucionales invocados por los demandantes. Así se pudo constatar en la diligencia de inspección ocular que se adelantó en el sector, por orden de esta Sala de Revisión.

---

3 CIT: Informativo 7:30 RCN

Lo anterior indica que las autoridades competentes, es decir, la Alcaldía Mayor de Santafé de Bogotá, la Alcaldía local de Chapinero y las autoridades de policía, no han asumido una actitud diligente y han hecho caso omiso de la ley y de los reglamentos, al no impedir, en la zona residencial denunciada, las actividades que constituyen permanente violación de los derechos fundamentales señalados. Igualmente, han consentido el incremento clandestino de lugares destinados a la práctica de la prostitución y al expendio de drogas alucinógenas, sin que ejerzan controles efectivos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 349 y 412 del Código de Policía de Santafé de Bogotá -Acuerdo 18 de 1989-, los cuales exigen, para el funcionamiento de establecimientos destinados a la prostitución, permiso de las autoridades de policía que sólo se otorgará *"cuando se demuestre por parte del solicitante, que el ejercicio de la actividad no acarrea peligro alguno para el orden público"*.

17. Frente a la grave situación planteada, y a la negligencia de las autoridades competentes en la adopción de medidas eficaces para controlarla, la comunidad en general y sus miembros en particular, permanecen expuestos a sufrir las consecuencias nocivas fruto de la conducta omisiva de aquellas. Esta situación es inadmisible dentro de un Estado Social de derecho, cuya estructura se fundamenta en el mantenimiento del orden, el respeto y protección de los derechos individuales y colectivos, y la salvaguarda del bienestar general, labor que corresponde adelantar a las autoridades públicas de los distintos niveles (arts. 2o., 189-4, 303 y 315 de la C.P). Así las cosas, la probada perturbación a la tranquilidad, integridad e intimidad personal y familiar del demandante y los coadyuvantes, consecuencia de la ineficacia de las autoridades distritales, traspasa el ámbito meramente administrativo-policivo, y se transforma en violación directa de los derechos fundamentales mencionados. Sobre esta materia, la Corte ha sostenido lo siguiente :

> *"La probada perturbación ilegítima a la vida privada de los dos vecinos demandantes - causada como consecuencia de la afectación de su propio ámbito de intimidad -, por su permanencia, magnitud e inacción de las autoridades, ha dejado de ser un asunto meramente policivo, para convertirse en una lesión directa al referido derecho fundamental. Lamentablemente, la desidia administrativa en la que a menudo se amparan algunos particulares, se integra como hecho en la concreta lesión o amenaza de un derecho fundamental, lo que le imprime al agravio y a su solución - excepcionalmente - naturaleza constitucional." (Sentencia No. T-622 de 1995, M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)*

18. Es claro que por el hecho de vivir en sociedad el ciudadano debe soportar y permitir ciertas restricciones y molestias a sus actividades personales y familiares. Sin embargo, dichas molestias son tolerables en cuanto las mismas no infrinjan las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que exige el mantenimiento del orden público y el ejercicio digno de los derechos ciudadanos.

En relación con el tema esta Corporación ya había señalado :

"Por el hecho de vivir en sociedad, esto es, por encontrarse dentro de un grupo de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individualmente considerados, el ciudadano debe tolerar algunos obstáculos y molestias resultantes de actividades que sean socialmente convenientes e imprescindibles, esos inconvenientes sólo deben soportarse cuando ellos no perturban la tranquilidad, es decir, cuando no rebasan lo que es considerado normal, habitual y común. En cambio cuando dichas perturbaciones son anormales o extraordinarias, por exceder los límites de tolerancia, existirá una inaceptable agresión al derecho de otros o un abuso en el ejercicio del propio derecho, que demanda la intervención de la autoridad, con el fin de restablecer el estado de tranquilidad." (Sentencia No. T-112 de 1994, M.P. doctor Antonio Barrera Carbonell)

Por ello, cuando se presenta una inaceptable perturbación a los derechos ajenos y un abuso de los propios, como ocurre en el presente caso, es necesaria la intervención de la autoridad para contrarrestar ese abuso y restablecer el orden. Para tal efecto, las normas legales y reglamentarias que en materia de policía se han expedido, otorgan competencia a las autoridades administrativas y de policía de los distintos niveles para que en forma oportuna y eficaz, restablecezcan el orden público donde fuere turbado, cumpliendo a sí con su finalidad cual es el amparo del bienestar colectivo dentro de los límites de la Constitución y la ley.

19. En el caso particular del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, su Estatuto Orgánico, Decreto 1421 de 1993, dispone en el artículo 35 que *"El alcalde mayor de Santafé de Bogotá es el jefe del gobierno y de la administración distritales y representa legal, judicial y extrajudicialmente al Distrito Capital. Como primera autoridad de policía en la ciudad, el alcalde mayor dictará, de conformidad con la ley y el Código de Policía del Distrito, los reglamentos, impartirá las órdenes, adoptará las medidas y utilizará los medios de policía necesarios para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y libertades públicas.* Asimismo, el artículo 86-5 del mismo ordenamiento, haciendo referencia a las atribuciones de los alcaldes locales dispone que corresponde a éstos *"Velar por la tranquilidad y seguridad ciudadanas. Conforme a las disposiciones vigentes, contribuir a la conservación del orden público en su localidad y con la ayuda de las autoridades nacionales y distritales, restablecerlo cuando fuere turbado."*

En concordancia con las normas citadas, el acuerdo número 18 de 1989, "por el cual se expide el Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá", dispone en su artículo 1o. que *"Corresponde a las autoridades de Policía del Distrito Especial de Bogotá, garantizar la convivencia pacífica y ordenada de los habitantes del territorio distrital, mediante la protección de los derchos sociales e individuales, ejercidos dentro del marco de las libertades individuales y en armonía con los intereses generales que se derivan de la vida en comunidad.".* Y el artículo 2o. señala que *"El Alcalde Mayor de Bogotá, como jefe superior de la policía y primera autoridad política del Distrito, los demás jefes de policía, funcionarios y empleados del ramo, en la tarea de interpretación y aplicación de las normas que por este Código se establecen, deberán tener en cuenta*

que el fin principal de la policía es el de mantener y garantizar el orden público interno, previniendo y controlando las perturbaciones que atenten contra la seguridad, tranquilidad, salubridad, moralidad, ecología y ornato públicos."

20. La Corte no pretende desconocer el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tienen las prostitutas y travestidos en cuestión. En modo alguno ignora que las actividades de la prostitución y el travestismo en sí mismas no están prohibidas y, por tanto, no son ellas objeto de esta tutela. Ambas pueden ejercerse, pero no de manera irrazonable y desproporcionada, sino dentro de unos parámetros mínimos que no afecten el ejercicio de los legítimos derechos de terceros, de tal suerte que trasciendan el ámbito de la intimidad personal y familiar de personas ajenas a tales comportamientos y que, además, los repudian. Desde ningún punto de vista puede tolerarse por ejemplo, el ostensible acoso sexual a que son sometidos los transeúntes en ese sector o, menos aún, que los menores de edad tengan que soportar, como testigos indefensos, la comisión de actos que atentan contra su inocencia y su pudor. No en vano el artículo 44 de la Constitución, que consagra los derechos de los niños, señala que éstos *"serán protegidos contra toda forma de (...) violencia (...) moral"* y de *"abuso sexual"*.

21. Sobre el tema de la prostitución, la Sala Novena de Revisión, en la Sentencia T-620 de 1995, expresó:

"La realidad histórica y sociológica demuestra que la prostitución no puede ser erradicada de manera plena y total, y que se trata de un fenómeno social común a todas las civilizaciones y a todos los tiempos. Obedece a factores diversos, de orden social, cultural, económico, síquico, etc., que no es del caso analizar en esta Sentencia. Lo cierto es que el Estado no podría comprometerse a erradicar por completo una práctica que siempre se ha dado y se dará; lo que sí puede es controlar su radio de acción. Para ello existen las llamadas "zonas de tolerancia", cuya finalidad es la de evitar que, de manera indiscriminada, se propaguen por todo el entorno urbano, invadiendo incluso las zonas residenciales, las casas de lenocinio y, en general, los establecimientos destinados a la práctica de la prostitución.

"Para el Estado social de derecho la prostitución no es deseable, por ser contrario a la dignidad de la persona humana el comerciar con el propio ser. Pero no puede comprometerse en el esfuerzo estéril de prohibir lo que inexorablemente se va a llevar a cabo y por ello lo tolera como mal menor; es decir, como una conducta no ejemplar ni deseable, pero que es preferible tolerar y controlar, a que se esparza clandestina e indiscriminadamente en la sociedad, dañando sobre todo a la niñez y a la juventud.

"Por otro lado, es conocido y aceptado el principio según el cual la ley positiva no puede prohibir todo lo que la moral rechaza, porque atentaría contra la libertad. De acuerdo con lo anterior, jurídicamente hablando puede decirse que en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, las gentes pueden acudir a la prostitución como forma de vida, pero al hacerlo no pueden ir en contra de

los derechos prevalentes de los niños, ni contra la intimidad familiar, ni contra el derecho de los demás a convivir en paz en el lugar de su residencia.

"No es justo el permitir que la infancia se vea connaturalizada con un ambiente de promiscuidad sexual, ni aún bajo el argumento de que tendrá el niño que ajustarse a la realidad. Para vivir la virtud -y en la virtud de la niñez, sobre todo, está interesado el Estado- hay que tener un mínimo de bienestar, y éste no puede existir donde impera abusivamente el mundo del vicio. Es contrario a la evidencia afirmar que puede haber adecuada formación de los menores en una zona de tolerancia."

La propia ley, a pesar de no penalizar la prostitución, exige a las autoridades públicas utilizar los medios de protección social que tengan a su alcance para prevenirla y para facilitar la rehabilitación de quienes se dedican a este oficio. Incluso, la ley faculta a la Nación, los departamentos y los municipios, para organizar instituciones donde las personas que ejerzan la prostitución encuentren medios gratuitos y eficaces para rehabilitarse (arts. 178 y 181 del Código Nacional de Policía). Como complemento de lo anterior, el Código Penal, en los artículos 308, 309, 310, 311, 312 y 313, castiga con pena de prisión la inducción y el constreñimiento a la prostitución, la trata de personas para el ejercicio de la prostitución y el estímulo a la prostitución de menores, medidas que evidentemente buscan neutralizar su propagación en la comunidad.

Por lo demás, cabe recordar que el artículo 17 de la Carta prohibe, de manera tajante, *"la trata de seres humanos **en todas sus formas**" (subrayas de la Corte).*

22. En esta forma, si el propio Estado procura evitar que la mujer y el hombre se prostituyan, resulta apenas lógico que el ejercicio de la prostitución se delimite y restrinja a lugares alejados de las zonas residenciales, con el propósito de evitar su incidencia a toda la comunidad, y que su influencia nociva afecte a los menores de edad. Esto implica, necesariamente, que el ejercicio de esta actividad debe ceder frente al interés social y familiar y frente a los derechos fundamentales de terceros cuando la misma desborda los límites del orden público. No sobra recordar que, de conformidad con el artículo 42 constitucional, la familia es el núcleo fundamental de la sociedad y corresponde al Estado y a la propia sociedad garantizar su protección integral. Dentro de este contexto, el artículo 44 inciso segundo de la Constitución dispone que *"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.*

Tampoco puede ignorarse que se trata de una actividad alrededor de la cual suelen concurrir la comisión de delitos y la propagación de enfermedades venéreas, conductas éstas que deben prevenirse y controlarse de manera efectiva y oportuna por las autoridades públicas a quienes corresponda, con el fin de evitar que las mismas afecten a la colectividad, como sucede en el presente caso.

23. Pero además, de lo anterior se debe tener presente el derecho prevalente del actor, de los coadyuvantes y de los residentes del sector, a gozar en su lugar de habitación y

convivencia de las condiciones mínimas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad que son, a su vez, elementos fundantes del orden público, y cuyo desconocimiento implica la violación los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar invocados por los actores, y que exige de las autoridades administrativas de policía, adoptar las medidas necesarias para mantener o restablecer el orden y proteger los derechos ciudadanos.

24. De conformidad con lo expuesto, y ante la situación de alteración constante del orden público en la zona comprendida entre las carreras 11 y 15, entre calles 94 a 100 del barrio el "Chicó" de Santafé de Bogotá, objeto de la presente tutela, y dada la negligencia de las autoridades en hacer cumplir estrictamente las normas vigentes sobre la materia, la Corte tutelará los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, a la tranquilidad, a la seguridad, al libre desarrollo de la personalidad y a vivir dignamente, del actor y los coadyuvantes. En consecuencia, ordenará al alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, al alcalde Local de Chapinero y a las autoridades de policía del orden nacional y distrital, dar estricto cumplimiento a las normas sobre orden y moral públicos y sobre seguridad ciudadana y, por consiguiente, que procedan de inmediato a suspender en ese sector todas las actividades que constituyan violación o amenaza contra los derechos constitucionales fundamentales mencionados en esta providencia. Conviene precisar que tales actividades son, básicamente, el ejercicio irrazonable y desproporcionado de la prostitución y el travestismo, la prostitución infantil, el exhibicionismo, el acoso sexual a transeúntes y vecinos del sector, la ejecución de actos eróticos en lugares públicos, la agresión de palabra o de hecho a terceras personas, los atentados contra la decencia pública, el expendio y consumo de licor y de drogas alucinógenas en plena vía pública, las amenazas o atentados directos contra la integridad personal de residentes y transeúntes, las riñas callejeras, los atracos, el porte ilegal de armas de diverso tipo, entre otras. La persistencia en la comisión de estos hechos debe, obviamente, traducirse en el desalojo de los responsables de la zona.

Se ordenará también a las mismas autoridades impedir el establecimiento de nuevos lugares destinados a la prostitución y al expendio de drogas alucinógenas en el sector, así como también adelantar un control sobre los locales ya existentes para determinar la legalidad de su funcionamiento, de conformidad con las reglamentaciones que sobre el particular se hayan dictado y se encuentren vigentes.

25. Por lo demás, observa la Corte que situaciones como las que se vienen presentando en el sector objeto de la presente tutela pueden también presentarse -y de hecho se presentan- en otros sectores residenciales de la ciudad, lo cual resulta altamente preocupante en cuanto constituye amenaza o violación de derechos constitucionales fundamentales de otros ciudadanos. Por ello considera la Corte conveniente hacer un llamado a las mismas autoridades contra quien se dirige la presente acción de tutela para que procedan a estudiar la aplicación de correctivos legales que tiendan a evitar la ocurrencia de tales hechos en la capital de la República, teniendo en cuenta, naturalmente, las razones de índole social que puedan dar origen a tales situaciones.

26. Por último, en cuanto al derecho de petición invocado en la demanda de tutela,

se observa que la Alcaldía Local de Chapinero sí ha dado respuesta a las solicitudes elevadas por el peticionario y los coadyuvantes, aun cuando, como ha quedado demostrado, en la práctica, las mismas no han producido los efectos necesarios para restablecer el orden público y los demás derechos fundamentales relacionados en la tutela.

7. ¿Cabría en este caso interponer la acción de cumplimiento ?

26. Finalmente, podría pensarse que la protección solicitada por vía de tutela puede ser satisfecha a través de la acción de cumplimiento contenida en la ley 393 de 1997, si se tiene en cuenta que el artículo 1° de la citada ley dispone que : *"Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos."*. Sin embargo, dos razones llevan a la Corte a descartar dicha posibilidad: la primera, que la presente acción de tutela fue interpuesta el día 14 de enero de 1997, fecha en la cual la ley 393 de 1997 no se encontraba vigente, pues confrontado el Diario Oficial No. 43.096 donde aparece publicada, se concluye que la misma entró a regir el día 30 de julio de 1997, es decir seis meses más tarde. Obsérvese entonces, que el actor y quienes coadyuvaron la tutela no tuvieron a su disposición, en su momento, este medio de defensa judicial. Por ello, resulta inconveniente y contrario a los principios de economía procesal, celeridad y seguridad jurídica, exigirle al demandante que reclame nuevamente la protección de sus derechos fundamentales por otra vía y ante otra autoridad judicial; más aún, cuando en el proceso de tutela, se surtieron las dos instancias procesales y parte del trámite de revisión ante esta Corporación, lo cual exige dar aplicación estricta a lo dispuesto en el artículo 40 de la ley 153 de 1887 según el cual: *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación."*

En un caso análogo, donde se debatía la procedibilidad de la acción de tutela por maltrato intrafamiliar frente a la ley 294 de 1996, recientemente expedida, dijo la Corte:

"Algunas de estas pretensiones, hoy en día pueden ser satisfechas a través de la acción consagrada en la nueva ley 294 de 1996. En efecto el artículo 5° de la misma dice así:

" 'Artículo 5°. Si el juez determina que el solicitante o un miembro del grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante sentencia una medida definitiva de protección, en la cual odenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier conducta similar contra la persona ofendida. El juez podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

" 'En la misma sentencia se resolverá lo atinente a la custodia provisional, visitas y cuota alimentaria en favor de los menores y del cónyuge si hubiera obligación legal de hacerlo;

" 'd) Cuando la violencia o el maltrato revista gravedad y se tema su repetición, el juez ordenará una protección especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere.'

"No obstante, la Sala aprecia que la presente acción de tutela fue interpuesta por la peticionaria el día 10 de abril de 1996, fecha para la cual la ley 294 de 1996 no había entrado en vigencia, puesto que la misma fue expedida el 16 de julio del mismo año. Así las cosas resulta evidente que la solicitante del amparo no tuvo expedita esta vía de defensa judicial consagrada en la nueva ley. En consecuencia se impone a la Sala determinar si la acción de tutela interpuesta resulta procedente, de conformidad con los criterios jurisprudenciales anteriormente comentados.(Sentencia No. T-xxxxx, M.P. doctor Vladimiro Naranjo Mesa) (Negrillas fuera de texto)

27. La segunda razón, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9o. de la ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procede cuando se trata de proteger derechos que pueden ser garantizados por vía de acción de tutela, como sucede en el presente caso. Frente a esta hipótesis, la norma dispone que cuando el juez competente para conocer de las acciones de cumplimiento encuentre que los derechos invocados pueden ser protegidos por vía de tutela, debe darle a la solicitud el trámite que corresponda a esta acción; con lo cual, la citada ley le da prioridad a la protección que a través de la acción tutela, se brinda a los derechos constitucionales fundamentales que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos autorizados por la ley.

Al respecto, el artículo 9o. de la ley 393 de 1997 señala:

*"**ARTICULO 9o.- 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 le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.*

"..."

Además, en otras oportunidades la Corte ha reconocido la procedencia de la acción de tutela en aquellos casos en los que la omisión o negligencia comprobada de la autoridad titular de competencias policivas, permite que el hecho generador de la amenaza o violación de derechos fundamentales adquiera tal gravedad, que coloque en situación de absoluta indefensión a los afectados, como ocurre en el presente caso.

Sobre la procedencia de la tutela frente a la posibilidad de acudir a la acción de cumplimiento, resulta pertinente, como criterio a seguir, lo dicho por la Corte en la Sentencia T-622 de 1995:

"La Corte considera que sólo en los casos en los que la omisión comprobada de la autoridad que sea titular de competencias policivas, adquiera una magnitud crítica, es

posible considerar que su inacción tiene la virtud de potenciar a sujetos privados hasta el punto de colocar a los demás en condiciones de indefensión y, por consiguiente, con legitimidad para entablar contra aquéllos acciones de tutela. De lo contrario, se constitucionalizaría, de manera indiscriminada y sin sentido, el entero derecho administrativo-policivo y se judicializarían, antes de la configuración de la litis contencioso-administrativa, asuntos que pertenecen y todavía se debaten dentro de la administración. Tampoco las autoridades públicas pueden encontrar en la molicie y en la negligencia el subterfugio para trasladar a la órbita judicial, la resolución de los problemas que deben enfrentar satisfactoriamente acudiendo a las competencias y a los medios puestos a su disposición por la ley. En esta misma línea de pensamiento, salvo casos excepcionales de indefensión provocada por la crítica y comprobada inacción de la autoridad competente, cabe afirmar que es el sujeto público - y no el particular - el que debe ser judicialmente demandado por los afectados en razón de sus omisiones e incumplimientos. A este respecto, la Constitución y la ley son pródigas en brindar al ciudadano recursos políticos, administrativos y judiciales para obligar a que las autoridades públicas observen fiel y correctamente sus obligaciones y encargos. Sería, por lo tanto, grave, que so pretexto de cualquier tipo de indefensión, se elevaran al plano constitucional asuntos puramente legales y administrativos y, lo que es peor, que en lugar de concretar la responsabilidad judicial e inclusive penal en las verdaderas causas y agentes - las autoridades públicas -, ésta se contraiga y reduzca a los particulares que por variadas razones se aprovechan de su inacción o cuentan con ella. Esto último, sin perjuicio de la responsabilidad que les quepa y de las acciones judiciales ordinarias que igualmente puedan interponerse en su contra.

"En este orden de ideas, la Corte considera que la conducta administrativa asume una magnitud crítica y es capaz de colocar a un particular que se beneficia de ella en posición de supremacía frente a otros, si concurren, por lo menos, las siguientes circunstancias : (1) gravedad de la omisión, en vista del bien constitucional cuyo cuidado depende del ejercicio oportuno y diligente de las competencias asignadas a la respectiva autoridad; (2) injustificada demora de la autoridad para ejercitar las funciones atribuidas por la ley: (3) claro nexo de causalidad entre la omisión administrativa y la situación ilegítima de ventaja de un particular que la explota materialmente en su favor y en detrimento de las demás personas; (4) existencia de una lesión directa o de una amenaza cierta sobre un derecho fundamental que tienen como causa directa y principal el comportamiento omisivo y su aprovechamiento por el particular; (5) previo agotamiento de los recursos administrativos consagrados en la ley con el objeto de obtener que cese la omisión, salvo que su agotamiento pueda convertir en irreparable la lesión o la amenaza. (M.P., doctor Eduardo Cifuentes Muñoz)

Así las cosas, de acuerdo con los argumentos expuestos, en el caso concreto resulta procedente, como se ha hecho, un pronunciamiento de fondo en relación con los derechos constitucionales fundamentales cuya violación se invoca.

IV. DECISION

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

R E S U E L V E :

Primero: REVOCAR la Sentencia del 27 de febrero de 1997, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, del h. Consejo de Estado.

Segundo: CONCEDER la tutela de los derechos a la intimidad, a la integridad personal y familiar, a la tranquilidad, a la seguridad, al libre desarrollo de la personalidad y a vivir en condiciones dignas del actor y de quienes coadyuvaron la presente tutela.

Tercero : ORDENAR al alcalde Mayor de Santafé de Bogotá, al alcalde local de Chapinero y a las autoridades de policía del orden nacional y distrital dar estricto cumplimiento a las disposiciones vigentes sobre orden y moral públicas y seguridad ciudadana, contenidas, entre otros estatutos, en el Código Nacional de Policía y en el Código de Policía de Bogotá D. E. -Acuerdo 18 de 1989-, y por consiguiente, procedan de inmediato a prohibir e impedir en adelante todas las actividades que violen los derechos constitucionales fundamentales del actor y los coadyuvantes de la presente acción de tutela y, en general, de todos los residentes y transeúntes del sector comprendido entre las carreras 15 y 11 y entre las calles 94 y 100 del barrio "El Chicó" de Santafé de Bogotá, en los términos del acápite 24 de la parte motiva de esta providencia.

Cuarto : ORDENAR, así mismo, a las autoridades mencionadas en el numeral anterior, impedir el establecimiento de nuevos sitios destinados a la prostitución en el sector, y adelanten un riguroso control sobre los ya existentes para determinar la legalidad de su funcionamiento, de conformidad con las reglamentaciones vigentes.

Quinto : COMISIONAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca -sección primera-, para que, en los términos del artículo 27 del decreto 2591 de 1991, vigile el cumplimiento cabal de lo dispuesto en esta providencia.

Sexto : ORDENAR que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique esta providencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca -sección primera-, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado
-Con aclaración de voto-

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA No. SU-476
septiembre 25 de 1997

ORDEN PUBLICO-Nexo con derechos fundamentales multiplica eventos de su limitación/**AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**-Ampliación indefinida y vaga de competencias

Para otorgar la tutela, no era necesario apelar a la noción de orden público que, como cláusula general, de la que se hacen derivar sustanciales facultades de intervención y regulación en cabeza de las autoridades administrativas, erosiona la reserva de ley a la que se supedita todo género de limitaciones a los derechos fundamentales. El ámbito de los derechos fundamentales, no puede quedar convertido en una variable que manejen a su discreción las autoridades administrativas. El nexo que se establece entre orden público y derechos fundamentales, de modo que toda afectación al primero automáticamente genera una violación de los segundos, lejos de asegurar la primacía de éstos últimos, conduce a multiplicar los eventos de su limitación, puesto que lo que produce es una ampliación indefinida y vaga de las competencias administrativas. No será extraño que las autoridades administrativas, con arreglo a su propia voluntad o siguiendo el clamor de mayorías episódicas, se comprometan en actos de represión contra manifestaciones legítimas de los derechos fundamentales, a las cuales fácilmente se las podría descalificar como engendradoras de desorden e intranquilidad, máxime si provienen de grupos minoritarios, carentes de organización o víctimas de rechazo social.

DERECHO DE PARTICIPACION-Conflicto de personas que ejercen la prostitución

El derecho de las personas de ambos sexos que se ocupan de la prostitución, al igual que el de los travestidos, a participar en las decisiones que los afecten se desconoce cuando se omite su intervención en la solución del conflicto que se ha suscitado.Tanto las autoridades de policía como las instancias representativas de la ciudad, a la hora de definir la estructura y usos del suelo urbano, y la ubicación de ciertas actividades, deben reconocer en estas personas interlocutores válidos, cuya voz y necesidades tienen que ser consideradas y debidamente ponderadas. Cuando un colectivo humano sólo se mira desde el punto de vista de los excesos en que incurre, dejando de lado otras facetas de su personalidad, de su cultura y de sus necesidades, de suerte que únicamente se torna sujeto para contra él dirigir una orden de expulsión - que ratifica la estigmatización social de que es objeto -, sin analizar otras alternativas más humanas e idóneas, es evidente que lo que yace en el fondo de la medida no es más que una práctica del poder cultural mayoritario que se niega a reconocer al otro.

Referencia: Expediente T-127.634

Actor: Hernán Villamil Camacho

Magistrado Ponente: Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

En los siguientes términos, aclaro mi voto :

1. Formas de vida y de ser vinculadas a la prostitución y a los travestidos, encuentran amparo en la Constitución Política. Los principios de dignidad de la persona humana y libre desarrollo de la personalidad, exigen que estas personas no sean objeto de discriminación alguna originada en el rechazo a los rasgos y acciones que les son propios. Por el contrario, su *status* como personas libres, independientes y dignas, debe ser reconocido en igualdad de condiciones.

2. En la sentencia de la Corte se ponen de presente una serie de actos que de manera injusta, desproporcionada e irrazonable, lesionan los derechos fundamentales de los vecinos de un sector de la ciudad de Santa fe de Bogotá. El llamado que se formula a las autoridades de policía, a mi juicio, se explica por los excesos en los que han incurrido travestidos y gentes dedicadas a la prostitución, no así porque se pretenda estigmatizar y perseguir a las personas que actúan como tales. En realidad, la solución sería semejante si los atropellos a la intimidad de los vecinos se hubiese producido por otras personas.

3. No obstante creo que para otorgar la tutela, no era necesario apelar a la noción de orden público que, como cláusula general, de la que se hacen derivar sustanciales facultades de intervención y regulación en cabeza de las autoridades administrativas, erosiona la reserva de ley a la que se supedita todo género de limitaciones a los derechos fundamentales. El ámbito de los derechos fundamentales, no puede quedar convertido en una variable que manejen a su discreción las autoridades administrativas.

4. El nexo que se establece entre orden público y derechos fundamentales, de modo que toda afectación al primero automáticamente genera una violación de los segundos, lejos de asegurar la primacía de éstos últimos, conduce a multiplicar los eventos de su limitación, puesto que lo que produce es una ampliación indefinida y vaga de las competencias administrativas. No será extraño que las autoridades administrativas, con arreglo a su propia voluntad o siguiendo el clamor de mayorías episódicas, se comprometan en actos de represión contra manifestaciones legítimas de los derechos fundamentales, a las cuales fácilmente se las podría descalificar como engendradoras de desorden e intranquilidad, máxime si provienen de grupos minoritarios, carentes de organización o víctimas de rechazo social.

5. El derecho de las personas de ambos sexos que se ocupan de la prostitución, al igual que el de los travestidos, a participar en las decisiones que los afecten (C.P. arts., 2 y 40), se desconoce cuando se omite su intervención en la solución del conflicto que se ha suscitado. A este respecto sostengo que tanto las autoridades de policía como las instancias representativas de la ciudad, a la hora de definir la estructura y usos del suelo urbano, y la ubi-

cación de ciertas actividades, deben reconocer en estas personas interlocutores válidos, cuya voz y necesidades tienen que ser consideradas y debidamente ponderadas.

Cuando un colectivo humano sólo se mira desde el punto de vista de los excesos en que incurre, dejando de lado otras facetas de su personalidad, de su cultura y de sus necesidades, de suerte que únicamente se torna sujeto para contra él dirigir una orden de expulsión - que ratifica la estigmatización social de que es objeto -, sin analizar otras alternativas más humanas e idóneas, es evidente que lo que yace en el fondo de la medida no es más que una práctica del poder cultural mayoritario que se niega a reconocer al otro.

Fecha ut supra

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

SENTENCIA No. SU-477/97
septiembre 25 de 1997

VIA DE HECHO-Falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido del fallo

La falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido de un fallo, constituye una vía de hecho susceptible de control por vía de tutela.Como la prueba es el fundamento de las decisiones de la justicia, es obvio que su desconocimiento, ya sea por ausencia de apreciación o por manifiesto error en su entendimiento, conduce indefectiblemente a la injusticia judicial.La necesidad de evitar tan funesta consecuencia, violatoria del derecho al debido proceso, ha llevado a la Corte a sostener que los yerros ostensibles en esta delicada materia, pueden remediarse mediante la acción de tutela, siempre y cuando, claro está, los interesados no dispongan de otro medio de defensa judicial.

VIA DE HECHO POR CONSEJO DE ESTADO-Apreciación de pruebas omitidas

Referencia: Expediente T-126251.

Actores: Juan Carlos Martínez de León y Dismardel Limitada.

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

Magistrado Ponente: Dr. JORGE ARANGO MEJIA.

Sentencia aprobada en Bogotá, en sesión de la Sala Plena, del veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, decide sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de fecha veintiséis (26) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

I.- ANTECEDENTES.

A.- La demanda.

Fue presentada, en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado, por la sentencia proferida el cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaturado por Dismardel Ltda. contra la Gobernación del Atlántico, en procura de la defensa de los derechos de los actores a la igualdad, al debido proceso, al acceso a la justicia y a cualquier otro derecho fundamental cuya violación resulte probada.

Considera que la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del Consejo de Estado, incurrió en una vía de hecho al dictar la sentencia del cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), y los autos del veintinueve (29) de agosto y del siete (7) de noviembre del mismo año, providencias que, respectivamente, se negaron a adicionar y aclarar el fallo.

Los actores, que afirman que nunca tuvieron relaciones contractuales con el Departamento del Atlántico sino con el de Bolívar, interpusieron una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del "*acto presunto obtenido por la ocurrencia del silencio administrativo negativo, acaecido por la falta de respuesta del señor Gobernador del Departamento del Atlántico a nuestra petición de devolver las sumas indebidamente pagadas con destino a la Caja de Previsión del Atlántico y con destino a un almacenamiento*". Para el restablecimiento del derecho, pidieron la devolución de "*tales dineros con corrección monetaria e intereses*".

El fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo del Atlántico, que fue inhibitorio, fue apelado, y el recurso lo resolvió el Consejo de Estado en la sentencia objeto de la tutela. En aquella sentencia se dijo que la acción escogida era la procedente pues "*se trata del contencioso subjetivo que impugna un acto administrativo y persigue restablecer un derecho lesionado*". Consideró, además, que "*la obligación de pagar 600 pesos por caja de botellas de 750 c c o su equivalente, creada para el distribuidor por el parágrafo de la cláusula octava del contrato interadministrativo, es ilegal*", y que, en esas condiciones, "*la nulidad del acto administrativo que presuntamente negó el pago solicitado se imponía sin posibilidad de discusión racional*".

De estas manifestaciones, los demandantes deducen que el acto presunto es nulo, y se quejan de que, a pesar de los planteamientos del Consejo de Estado y la revocación de la sentencia de primer grado, se les denegaron sus pretensiones porque "*en el expediente no hay prueba de las siguientes afirmaciones : (...) b.- De los dineros depositados a favor de la Caja de Previsión del Departamento del Atlántico*". Sobre este particular -dicen ellos-, el Consejo de Estado se apoyó en la lista de pagos hechos a la Caja según la demanda, transcribiendo en seguida la relación total de todos los pagos efectuados al Departamento, conforme a un oficio sobre notas crédito del Banco Cafetero, para concluír que "*de la comparación de estas dos listas se colige que pertenecen a valores, fechas y destinatarios distintos*".

Esa decisión del Consejo, según los demandantes, adolecería de tres errores que la convertirían en una vía de hecho, a saber :

a) Pasó por alto 153 notas crédito del Banco Cafetero que obran a folios 64 a 217 del expediente, "*59 de las cuales contienen los pagos con destino a la Caja de Previsión Social del Atlántico*" ;

b) Se basó "*en la relación o listado de estos documentos y no en los documentos mismos*" ;

c) No tuvo en cuenta "*la diligencia de inspección judicial sobre el 'almacenamiento' que obra a folios 52 y 53 del expediente*".

Los actores, con más detalle, explican las fallas mencionadas así :

1o.- La falta de apreciación de las notas crédito.

Los actores aclaran que para sustentar la reclamación al Departamento del Atlántico, lograron, con la intervención del Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, la práctica de dos inspecciones judiciales : una en Almadelco, para establecer los pagos efectuados por el almacenamiento, y otra en el Banco Cafetero, para probar los pagos hechos a la Caja de Previsión. En esta última diligencia, el Juzgado, a ruego del Banco, le concedió un término para aportar unas copias de microfilmes que estaban en su poder. Posteriormente, el Banco envió al Juzgado "*las copias de las 153 notas crédito del Banco Cafetero, de los pagos de impuesto de licores nacionales por los señores Dismardel Ltda.*", agrupadas en dos categorías : "*pignoración de licores 70% Tesorería Departamental*" y "*pignoración 30% Universidad del Atlántico*". Así, la lista en que se basó el Consejo de Estado en su sentencia "*es la relación de los documentos que envía el Banco Cafetero al Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, listado que carece de todo análisis y que sólo contiene una fecha y un valor total, sin discriminar las partidas. Lo único que prueba esta lista es el envío de los documentos, no el contenido ni el valor probatorio de ellos*". Ahora bien, pasando a los documentos propiamente dichos, los demandantes encuentran que "*en 59 de esas notas crédito que adjuntó el Banco Cafetero al Juzgado, y que además sirvieron de prueba para la petición que originó el silencio administrativo demandado, aparece claramente el pago de $600.oo por caja de botellas de 750 centímetros cúbicos*".

Los interesados examinan la primera de las 59 notas crédito (folio 98 del expediente del Consejo de Estado) y dicen lo siguiente :

"*Aparece Nombre : Tesorería Departamental, la fecha es nov. 21 de 1986, y en el recuadro central y en el izquierdo textualmente dice así :*

"*70%, impuesto consumo de licores de otros dptos, recibido de Dismardel Ltda, sobre $2.909.700.oo 2.036.790.oo*
"*750.oo X 600 cajas de 375cc, caja previsión 450.000.oo*
"*600.oo X 600 cajas de 750cc, caja previsión ..... 360.000.oo*"

De la lectura de este escrito los actores deducen que es claro lo siguiente :

"a.- se pagó el impuesto al consumo de licores, y b.- que además del impuesto al consumo, se pagó un dinero con destino a la Caja de Previsión".

Pero el Consejo no tuvo en cuenta el documento anterior y 58 más de similar alcance, por dedicarse a comparar dos listados de documentos.

Los actores precisan que esos documentos no fueron objetados por el apoderado del Departamento, quien tampoco negó que su poderdante hubiera recibido tales dineros. Y agregan que son plena prueba conforme al numeral 2o. del artículo 22 del decreto 2651 de 1991, porque *"los documentos declarativos emanados de terceros se estimarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contra la cual se aducen solicite su ratificación de manera expresa"*. La falta de consideración de estos legítimos medios de prueba vulnera, entonces, los derechos de los actores al debido proceso.

2o.- La sentencia se fundamentó en unas relaciones de pruebas y no en las pruebas.

Como en la sentencia se afirma que *"de la comparación de estas dos listas se colige que pertenecen a valores, fechas y destinatarios distintos"*, los demandantes deducen que *"la sentencia se basó en la comparación de dos listados de pagos : el primero, sacado del cuerpo de la demanda y el segundo, de la remisión que hizo el Banco Cafetero al Juzgado que había practicado la inspección judicial en sus dependencias"*.

3o.- La sentencia no tuvo en cuenta la diligencia de inspección judicial donde está probado el valor del almacenamiento.

Según la cláusula sexta del convenio de octubre de 1986, sobre intercambio de licores entre los Departamentos de Atlántico y Bolívar, el distribuidor está obligado a consignar los licores importados *"en el depósito o almacén que indique el departamento"*. De la cláusula segunda del convenio de junio de 1987, surge la obligación de depositar tales licores en Almadelco, corriendo el distribuidor *"con los gastos de transporte y almacenamiento"*. Esta obligación, que conforme afirman los demandantes es ilegal, fue objeto de una reclamación no respondida por el Departamento, *"lo cual originó el silencio administrativo demandado"*.

Los demandantes manifiestan que en la diligencia de inspección judicial anticipada, efectuada en Almadelco por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla, *"se probó el valor de lo pagado por nosotros como almacenamiento o almacenaje. Aparecen las sumas de $1.215.125.87 de $205.619.oo"*. Agregan, además, que Juan Carlos Martínez de León *"pagó a Almadelco $1.000.000.oo y $681.000.oo, por concepto del bodegaje del Ron Tres Esquinas"*. Sin embargo, no obstante estar en el expediente, como el Consejo de Estado no se refirió a estas pruebas, incurrió en una flagrante vía de hecho. El error consiste en haber ignorado una plena prueba que recae sobre documentos auténticos, y una inspección judicial con intervención de peritos contables.

En resumen, al decir de los actores, *"demostramos como el Consejo de Estado pasó por alto 59 recibos de consignación o notas crédito, realizados a través del Banco Cafetero de*

Barranquilla, en los cuales se consignaron dineros en favor de la Terorería Departamental por varios conceptos, uno de los cuales es el destinado a la Caja de Previsión Departamental o estampilla, que motiva esta demanda. Por lo tanto, sostener que no existía esa prueba constituye una vía de hecho y, por lo tanto, ha lugar a la tutela. Lo mismo sucede con relación a la prueba del almacenamiento, las cuales también obran en el proceso y no fueron tampoco tenidas en cuenta". Y resaltan "*que si el Consejo de Estado no hubiera cometido estos errores habría fallado en forma distinta, lo que se desprende de las frases contenidas en la misma sentencia, pues niega todas las súplicas de la demanda por cuanto no se demostraron los depósitos que los demandantes sostienen haber realizado a favor de la Caja de Previsión Social del Departamento del Atlántico y porque el perjuicio económico planteado carece de sustento probatorio*".

De otra parte, por considerarlo de importancia, los demandantes dedicaron su atención a controvertir la afirmación de la sentencia en el sentido de que en el expediente no había prueba "*de la exigencia emanada de la Gobernación del Atlántico para que los demandantes consignaran dineros a favor de la Caja de Previsión Social del mismo Departamento*". En este sentido, entonces, llaman la atención sobre el hecho de que tal afirmación contradice otra efectuada por el mismo Consejo en la sentencia, a saber, aquella que dice "*esto significa que la obligación de pagar 600 pesos por caja de botellas de 750 c c o su equivalente, **creada para el distribuidor** por el parágrafo de la cláusula octava del contrato interadministrativo, es ilegal*". Y continúan diciendo que, como bien lo acepta el fallo, esa obligación tuvo su origen en el parágrafo de la cláusula 8a. del convenio de intercambio de licores de octubre de 1986, disposición que dice :

> "*El Departamento destinatario de los licores, además de la participación porcentual de que habla la presente cláusula, recibirá la suma de seiscientos pesos ($600) por caja de botellas de 750 c c o su equivalente, suma que será cancelada por el respectivo distribuidor con destino a la respectiva Caja de Previsión Social departamental, al momento de cancelar la participación porcentual que en esta cláusula define*".

Esto, a juicio de los demandantes, explica que en las notas crédito del Banco Cafetero aparezca el pago con destino a la Caja de Previsión "*debajo del pago del 70% de la participación porcentual que se le consignaba a la Tesorería pues el 30% restante estaba pignorado para la universidad*". El primer pago a la Caja de Previsión se hizo en noviembre de 1986, un mes después de la suscripción del anotado contrato.

En otrosí del 30 de marzo de 1988, los gobernadores de ambos departamentos, reconocieron la ilegalidad de esos cobros y, en consecuencia, cancelaron la obligación del parágrafo de la cláusula 8a..

La violación al derecho a la igualdad se fundó en la consideración de que, pocos meses antes de que se profiriera la sentencia aquí cuestionada, la misma Sección Tercera, ante la demanda de nulidad de un acto administrativo que impuso una multa y en ausencia de plena prueba del perjuicio, "*decidió condenar en abstracto, basándose en un solo testimonio y un solo recibo*" (Sentencia del 6 de octubre de 1995, magistrado ponente doctor Daniel Suárez

Hernández). Teniendo en cuenta esta providencia, quien suscribe la demanda se pregunta : "¿por qué razón, si en este caso que transcribo el acto administrativo era nulo, y no había sino un testimonio y un recibo para restablecer el derecho violado, se condenó *in genere*, en mi caso, con 59 pruebas plenas de pago, no se condenó al Departamento cuando la misma sentencia reconoce que el acto administrativo es nulo?"

Los interesados sostienen que, salvo la presente acción de tutela, no cuentan con ningún otro mecanismo de defensa judicial, ni siquiera el recurso extraordinario de revisión.

Con base en lo anterior, las pretensiones se concretaron a lo siguiente :

"*Primera : se tutelen nuestros derechos fundamentales a un debido proceso, al acceso a la justicia y a la igualdad.*

"*Segunda : en los mismos términos en los cuales actuó la Corte Constitucional en la sentencia T-329/96, se revoque la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de fecha 5 de julio de 1996, el auto de fecha 29 de agosto de 1996 en el que negó la adición de la sentencia y el auto de fecha 7 de noviembre de 1996 por el cual se negó la aclaración al fallo.*

"*Tercera : se ordene al Consejo de Estado proferir el fallo teniendo en consideración las pruebas de las consignaciones aportadas con la demanda. Si considera que tales pruebas no son suficientes, que se condene en abstracto conforme al artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, interpretado por la sentencia del 6 de octubre de 1995 antes citada*".

B.- Decisiones judiciales.

1o.- Fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

El diecinueve (19) de diciembre del año pasado este Tribunal decidió denegar la tutela, con base en la consideración de que la doctrina de las vías de hecho, por excepcional, es de aplicación restrictiva, y, en este caso, no se aprecian arbitrariedades en la sentencia cuestionada. Por lo tanto, no consideró del caso "*entrar a revisar pormenorizadamente los hechos y los medios demostrativos de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque ello equivaldría a entrar de lleno en el fondo de la cuestión principalmente debatida, para lo cual no se consagró la acción de tutela, que no es más que un mecanismo excepcional de carácter subsidiario y no instancia más, ni un instrumento paralelo a otras instancias judiciales*".

2o.- La impugnación.

En esencia, insiste en el argumento de que el fallo del Consejo de Estado se dictó sin consideración de las pruebas existentes, con lo cual se dejó de ordenar la devolución de unos dineros que el Departamento del Atlántico, ilegalmente, exigió que los demandantes pagaran a la Caja de Previsión Social de dicha entidad territorial y a Almacenar. En otras

palabras, los impugnantes discrepan del Tribunal, porque estiman que la crítica al fallo del Consejo no es por disentir de determinada interpretación probatoria, sino "*por la total ausencia de análisis o juicio sobre las pruebas aportadas*". Además, recuerdan que el juez de tutela, a fin de definir si hubo o no una vía de hecho, no sólo puede sino que está obligado a estudiar si el juez de conocimiento ignoró la prueba o la valoró en forma arbitraria, todo conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia T-329 de 1996.

3o.- Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia.

Esta Corporación, el veintiséis (26) de febrero del corriente año, confirmó el fallo del Tribunal de Bogotá, considerando que no procedía la concesión del amparo porque la decisión del Consejo de Estado "*obedeció, según palabras del sentenciador, a que de la comparación de las listas que contienen los valores reclamados, una anexa a la demanda y otra certificada por el Banco Cafetero, '... se colige que pertenecen a valores, fechas y destinatarios distintos'. (...) 'Luego, el elemento básico del enriquecimiento sin causa, es decir, el traslado de un bien de un patrimonio a otro o, todavía más sencillo, el pago de lo no debido al Departamento del Atlántico, no se ha configurado'. Así planteada la cuestión, no hay duda entonces de que la decisión del contencioso administrativo se asentó sobre la misma prueba de inspección judicial preconstituida y anexa a la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 37 y ss.lb.), inspección judicial en donde, valga decirlo, la entidad aquí accionada no encontró especificada en forma exacta y precisa cuál de los montos consignados en favor de la Tesorería Departamental y de la Universidad del Atlántico, correspondían a pagos efectuados en favor de la Caja Departamental de Previsión del Atlántico. Aflora del parangón hecho por la Corporación accionada sobre los listados transcritos en la sentencia criticada, que no se incurrió en la pretendida vía de hecho pues el ya conocido resultado fue auténtico producto de la valoración probatoria efectuada sobre la preconcebida prueba aportada por el demandante en el juicio contencioso administrativo, aspecto éste, que como lo sostiene el Tribunal de instancia en el fallo impugnado, no puede ser objeto de crítica a través de la acción de tutela puesto que ello significaría el desconocimiento de los principios de independencia y autonomía que protegen el actuar del juez natural cuando despacha los asuntos sometidos a su competencia*".

II.- CONSIDERACIONES.

A.- Competencia.

La Sala es competente para decidir, por lo dispuesto en los artículos 8o. y 241, numeral 9o., de la Constitución, y 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

B.- Lo que se debate.

Se examina aquí si, por vía de tutela, es procedente ordenar al Consejo de Estado que dicte nuevamente sentencia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho atrás

anotado, sobre la base de la supuesta existencia de vías de hecho por falta de consideración de pruebas.

C.- La falta de consideración de un medio probatorio que determina el sentido de un fallo, constituye una vía de hecho susceptible de control por vía de tutela.

Como la prueba es el fundamento de las decisiones de la justicia, es obvio que su desconocimiento, ya sea por ausencia de apreciación o por manifiesto error en su entendimiento, conduce indefectiblemente a la injusticia judicial.

La necesidad de evitar tan funesta consecuencia, violatoria del derecho al debido proceso, ha llevado a la Corte a sostener que los yerros ostensibles en esta delicada materia, pueden remediarse mediante la acción de tutela, siempre y cuando, claro está, los interesados no dispongan de otro medio de defensa judicial.

Así, pueden citarse las siguientes jurisprudencias :

1o.- En algunos de los apartes de la sentencia T-576 del diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993), magistrado ponente doctor Jorge Arango Mejía, se lee :

"8.- Todos estos antecedentes, y, en especial, el hecho de que el Inspector tomó la decisión en contra de la parte lanzada sin sustento probatorio, conducirán a la Sala a la conclusión de ver aquí una *vía de hecho*, y a la decisión de tutelar el derecho al debido proceso de NORMA SÁNCHEZ, aclarando que si bien, en principio, la Corte no puede sustituir al funcionario de policía en la apreciación de las pruebas, cuando hay una transgresión ostensible y grave de los más elementales principios jurídicos probatorios, la Corporación no puede permanecer impasible frente a la violación del derecho al debido proceso, derecho constitucional fundamental según el artículo 29 de la Carta.

"9.- En tal orden de ideas, la Sala, en forma somera, dejará constancia sobre qué entiende por *vía de hecho*.

"La vía de hecho es una actuación en la que el funcionario público, -como lo es el Inspector de Policía-, procede en abierta contradicción o violación de la ley, como cuando obra prescindiendo de las normas de procedimiento, y, entre ellas, las relativas a las pruebas. En pocas palabras, la *vía de hecho* supone la arbitrariedad de la administración."

2o.- En la sentencia T-329 del veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo, en lo pertinente, se dice :

"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 dicta-

da 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 excluídas 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 un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.

"La Corte debe reiterar:

"...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 (arts. 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. 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". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-442 del 11 de octubre de 1994. M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

"Tal irregularidad implica violación del debido proceso (artículo 29 C.P.) e impide que la parte afectada acceda materialmente a la administración de justicia (artículo 229 C.P.). Lo que se tiene entonces es un acto judicial arbitrario que, en caso de dolo, podría configurar prevaricato."

Cabe anotar, en términos generales, que la falta de apreciación o el equivocado entendimiento de pruebas determinantes, es equivocación de tal gravedad que, de tiempo atrás, está considerada como causal de casación. Así, el numeral 1o. del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el numeral 183 del artículo 1o. del decreto 2282 de 1989, establece lo siguiente :

"**Causales**. Son causales de casación :

"1.- Ser la sentencia violatoria de una norma de derecho sustancial.

"La violación de norma de derecho sustancial, puede ocurrir también como consecuencia de error de derecho por violación de una norma probatoria, o por error de hecho manifiesto en la apreciación de la demanda, de su contestación o de determinada prueba".

Por su parte, el Código Procesal del Trabajo, en su artículo 87, modificado por el artículo 60 del decreto 528 de 1964, dispone lo siguiente :

"En materia laboral el recurso de casación procede por los siguientes motivos :

"Ser la sentencia violatoria de ley sustancial, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

"Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. (...)"

Y, finalmente, el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal, dice :

"**Causales**. En materia penal el recurso de casación procede por los siguientes motivos :

"1.- Cuando la sentencia sea violatoria de una norma de derecho sustancial.

"Si la violación de la norma sustancial proviene de error en la apreciación de determinada prueba, es necesario que así lo alegue el recurrente".

D.- En el presente caso, la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), incurrió en la mencionada vía de hecho.

Revisado minuciosamente el expediente, la Sala encuentra que, en verdad, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de los actores contra el Departamento del Atlántico, aquéllos sí presentaron, como pruebas, las fotocopias de las notas crédito referentes a los pagos efectuados durante los años de 1986 y 1987, por Dismardel Ltda. y Juan Carlos Martínez de León a la Tesorería Departamental, la Universidad y la Caja de Previsión del Atlántico. Tales documentos provienen de la inspección judicial anticipada que se adelantó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla. Fue así como mediante el oficio remisorio SN-554 del dieciséis (16) de agosto de mil novecientos ochenta y nueve (1989), el Banco Cafetero puso a disposición de la justicia los citados documentos, haciendo simple alusión a sus fechas y valores totales, es decir, sin describirlos o discriminarlos en detalle.

Pues bien, de todas esas fotocopias, por lo menos 32 corresponden sin dificultad a las afirmaciones de la demanda (folios 63, 65, 67, 69, 71, 73, 75, 77, 87, 91, 95, 101, 103, 105,

107, 109, 111, 113, 143, 145, 149, 157, 159, 161, 163, 165, 167, 169, 171, 175, 177 y 179). Las demás son ilegibles o en ellas el nombre de quien hizo los pagos no concuerda con el nombre suministrado por la demanda.

En cada uno de los 32 recibos a que se ha hecho mención, es posible aclarar o precisar que el valor total está compuesto, de una parte, por lo que corresponde al 70% del impuesto de consumo de licores, y de otra parte, por unas sumas de dinero que, al menos en 13 recibos (folios 63, 65, 67, 69, 75, 77, 87, 91, 95, 101, 103, 109 y 111), están expresamente destinadas a la Caja de Previsión del Atlántico, y en los demás tal destinación es implícita, conforme al dicho de la demanda.

Lo dicho indica que, como el presunto pago de lo no debido gira sólo alrededor de las sumas pagadas a la Caja de Previsión, por lo menos 32 recibos hacen verosímiles las aseveraciones de los demandantes.

Ahora bien, a pesar de lo que sobre el particular dice la cuestionada sentencia del Consejo de Estado, lo cierto es que ésta, en la denegación de las pretensiones, únicamente tuvo en cuenta el listado general no discriminado del Banco Cafetero, es decir, el contenido en el oficio SN-554 atrás mencionado. Esto se confirma porque el fallo jamás analizó el contenido mismo de cada una de las llamadas notas crédito. Y, además, porque, según se aprecia en la página 25 de esa providencia, no obstante la existencia, al menos, de los 13 recibos con mención expresa de la Caja de Previsión, el Consejo dijo que "en el expediente no hay prueba de las siguientes afirmaciones : (...) b. De los dineros depositados a favor de la Caja de Previsión del Departamento del Atlántico". Adicionalmente, asumió, sin ser ello cierto, que "según la certificación del Banco Cafetero y las copias de las consignaciones, Dismardel Ltda. pagó, por concepto de impuestos, con destino a la Tesorería Departamental y Universidad del Atlántico", una serie de valores exactamente iguales a los relacionados en el oficio del Banco, sin caer en la cuenta, por no haber haber examinado en detalle las consignaciones, que tales valores, por lo menos en las 32 fotocopias a que se hizo mención, no sólo contienen lo referente al impuesto de consumo de licores, sino que incluyen también conceptos distintos, atinentes a pagos a la Caja de Previsión y "estampillas" (folio 28 de la sentencia). Esta inadvertencia llevó al Consejo a concluir erróneamente que "los depósitos de dinero que certifica el Banco Cafetero corresponden al pago de impuestos, destinados a las cuentas de la Tesorería Departamental y de la Universidad del Atlántico", y a afirmar, no obstante la presencia de los 13 recibos anotados, que "no se demostraron los depósitos que los demandantes sostienen haber realizado a favor de la Caja de Previsión Social del Departamento del Atlántico" (folio 32 del fallo).

Por lo anterior, se ordenará al H. Consejo de Estado dictar nuevamente la sentencia correspondiente, apreciando las pruebas omitidas, de conformidad con el mérito que les reconozca.

E.- Los actores no cuentan con ningún medio ordinario de defensa judicial para enfrentar las equivocaciones reseñadas.

Respecto de la sentencia de segundo grado proferida por el Consejo de Estado, los acto-

res no tienen posibilidad de acudir a otro medio de defensa judicial distinto de la acción de tutela, ni siquiera al recurso extraordinario de revisión contencioso administrativo, que no contempla ninguna causal aplicable a la vía de hecho objeto de este asunto.

Por este aspecto, la acción de tutela es perfectamente procedente para la actual defensa de los derechos de los interesados.

III.- DECISION.

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

RESUELVE :

Primero.- REVOCAR las sentencias de instancia dictadas dentro del trámite de esta tutela, es decir, la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, el diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), y la expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de fecha veintiseis (26) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997).

Segundo.- DECRETAR la nulidad de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del cinco (5) de julio de mil novecientos noventa y seis (1996), y la de toda la actuación subsiguiente que dependa de dicha providencia.

Tercero.- ORDENAR al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, fallar nuevamente la segunda instancia, teniendo en cuenta la totalidad de las fotocopias de las notas crédito referentes a los pagos efectuados durante los años de 1986 y 1987, por Dismardel Ltda. y Juan Carlos Martínez de León a la Tesorería Departamental, la Universidad y la Caja de Previsión del Atlántico, pruebas que apreciará según su criterio.

Cuarto.- COMUNICAR la presente decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. SU-478
septiembre 25 de 1997

VIA DE HECHO-Volver las cosas a la situación predelictual por sustracción de título valor

Las vías de hecho judiciales son impugnables mediante tutela ya que el derecho al debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y es desarrollo del derecho de toda persona natural o jurídica para acceder a la administración de justicia; esta forma de acceso incluye la oportunidad de recibir tratamiento justo, lo cual implica respetar principios fundamentales de procedimiento como el de no ser condenado dos veces por el mismo hecho, el de procurar en lo posible retornar las cosas al estado anterior cuando ha ocurrido un delito y el de unidad de jurisdicción. Es apenas obvio que la justicia tenga como uno de los objetivos que las cosas vuelvan a la situación predelictual; en caso de una sustración de un título valor (por robo o por peculado), lo justo es que si se recupera lo sustraido el favorecido por la recuperación sea el legítimo dueño del título valor, no tiene sentido y SERIA JURIDICAMENTE REPROCHABLE que el obligado a pagar un título valor tuviera que pagarle al beneficiario a quien le robaron el documento y también tuviera que pagarle al tenedor del título a sabiendas de que ocurrió un delito, porque si esto último fuera así, se llegaría al ABSURDO de que sería mejor no recuperar los títulos-valores objeto de sustracción, o a otro ABSURDO aún peor: que si la justicia es eficiente y recupera el título robado, esa misma justicia puede ordenar a quien sufrió el delito pagar dos veces lo robado, como si la víctima hubiera cometido el ilícito y mereciera castigo, esto último es totalmente irracional.

BUENA FE-Creencia de que se actúa dentro de la legalidad

La buena fe es un concepto ampliamente utilizado dentro del ordenamiento jurídico y consiste en la firme creencia de que quien actúa lo hace dentro de la legalidad y en ausencia de actuaciones fraudulentas que vaciarían el contenido de ésta.Cuando se demuestra la ausencia de buena fe, al juez no le queda camino diferente al reconocimiento fáctico de que la actuación del particular no se desarrolló conforme a ésta, de lo contrario estaría desconociendo el artículo 228 de la Constitución y haciendo de esta presunción un formalismo ajeno a la realidad.La presunción de buena fe es desvirtuada cuando existe la prueba fehaciente de que ésta no existe. La buena fe no es un concepto absoluto y como simple pre-

sunción no puede catalogarse en un grado de superior jerarquía frente a la realidad, a los hechos concretos.

PREJUDICIALIDAD PENAL EN PROCESO CIVIL-Discrecionalidad sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto/**PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCION**-Decisiones encontradas que implican doble condena

Cuando el juez entra a decidir sobre el reconocimiento de la prejudicialidad penal dentro del proceso civil no debe olvidar que la discrecionalidad no puede ser contraria al principio de unidad de jurisdicción que es un principio rector del Estado de Derecho cuyo desconocimiento implicaría vulnerar el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 C.N. y particularmente la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Si no ocurre la suspensión se corre el peligro de alterar la coherencia axiológica y esto produce efectos perversos. El procedimiento está consagrado por la Constitución como una herramienta para realizar el derecho sustancial nunca para entrabar la obtención del orden justo. Si el juez se enfrenta a una norma que le otorga discrecionalidad debe decidir de acuerdo al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues lo contrario equivaldría a desconocer el Artículo 230 C.N. cuando dice "... Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley". Ley que en este caso debe ser entendido como el ordenamiento jurídico en su totalidad lo que incluye las normas constitucionales.

PREJUDICIALIDAD PENAL EN PROCESO CIVIL-Consecuencias para su no aplicación por títulos valores sustraídos

BUENA FE-No facilita pago doble por títulos valores sustraidos

La noción de tercero de buena fe exenta de culpa es reconocida en el orden constitucional dentro del concepto de la presunción de inocencia. Sin embargo no puede considerarse como tal a una persona que desconoce las decisiones de la jurisdicción penal que ordenan el no pago de un título. Por último: La noción de autonomía que establece el Código de Comercio respecto a los títulos valores no puede ser utilizada para desconocer el artículo 29 de la Constitución Nacional. Esa autonomía, de carácter eminentemente legal, es un instrumento para la seguridad jurídica y sería absurdo afirmar que ésta se sostiene a través de la violación de la propia seguridad jurídica expresada en la unidad de jurisdicción del desconocimiento de los derechos adquiridos y que en su lugar se preferencien consecuencias provenientes del delito; esta no es una guía válida en el razonamiento jurídico.

VIA DE HECHO-No decreto de prejudicialidad

La via de hecho se ocasionó al no decretarse una prejudicialidad lógica estando todos los requisitos: prueba del proceso penal, inclusive con orden en firme, conocida, controvertida por la firma Bermúdez y Valenzuela S.A. causal invocada oportunamente (antes de la sentencia civil que definió EXCEPCIONES DE FONDO) y que necesariamente debía ser atendida porque la prejudicialidad surge de que en el juicio penal se investiga si se cometió delito de peculado por la sutracción de los títulos-valores que están en el juicio ejecu-

tivo. En efecto, en la sentencia penal se determina (ya hay determinación, pero falta el recurso de casación) que se mantiene la orden provisional de NO pago y se dice a quien se paga (ya se dijo que al IFI, pero, se repite, está en curso la casación) y, actualmente, esos títulos-valores ya están donde siempre han debido estar: en el proceso penal; luego, se impone la prejudicialidad mientras finaliza todo el proceso penal a fin de saber definitivamente si queda en firme la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en el referido juicio penal, en cuanto ordenó pagarle al IFI, en cuyo caso no podría obligarse a que se pagara a otra persona jurídica o natural diferente.

Referencia: Expediente T-124400

Procedencia: Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá

Accionante: Banco de la República

Tema:
Vía de hecho
Prejudicialidad penal
Ordenamiento jurídico en su conjunto

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., (25) veinticinco de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

Dentro del expediente de tutela N° 124.400 instaurado por el Banco de la República contra providencias judiciales y que según determinación de la Sala Plena debe ser fallada por ésta.

De las pruebas aportadas al juzgador de tutela y de las practicadas en la revisión surgen estos

HECHOS

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

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

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

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

"Igualmente teniendo en cuenta la urgencia de que los títulos que informa la denunciante pueden ser presentados para el cobro, aumentándose por lo tanto la cuantía del ilícito, se ordena de conformidad con la facultad consagrada en el art. 366 del C.P.P., la no cancelación de los documentos que se presenten al cobro y la retención de los mismos."

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

6. El 22 de Junio de 1991, ante el Juez Penal que en ese instante tenía el conocimiento (102 de Instrucción Criminal) el apoderado de Bermúdez y Valenzuela S.A. comisionista de bolsa pidió: que se decretara "el levantamiento de las órdenes de no pago y de retención tomadas por el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal". Se incluía dentro de la petición los títulos 0114395, 0114396, 0114397, 0114398, 0114391, 0114399 es decir, los que motivan la presente tutela. En su escrito el abogado de Bermúdez y Valencia S.A. hace especial mención a que con base en esos seis títulos se "inició una acción ejecutiva singular contra el Banco de la República, la cual cursa en el Juzgado Veintiocho (28) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C." y por eso dentro de las pruebas pide "oficiar al Juzgado

Veintiocho (28) Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, D.C., para que a mi costa certifique sobre la existencia del proceso ejecutivo adelantado por la sociedad BERMÚDEZ Y VALENZUELA, S.A. COMISIONISTA DE BOLSA contra el Banco de la República y sobre el estado del mismo". No se ha aclarado si se trata de una equivocación mecanográfica en el número del Juzgado Civil, ya que el ejecutivo fue repartido al Juzgado Veintinueve (29) y se **inició solamente en 1992** y la petición al Juez Penal en la cual se habla del proceso civl es de 1991.

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

Agrega la providencia de la justicia penal:

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

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

8. La firma Bermúdez y Valenzuela adquirió seis de esos títulos después de que habían sido sustraidos; pero antes de ser tenedor de los títulos los había conocido como comisionista de la bolsa. En calidad de tenedor, los presentó para su cobro ejecutivo en el Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá. Es decir que primero fue comisionista y luego

tenedor de los títulos. Los 6 títulos que presentó para la ejecución tienen consignada como parte del endoso esta frase:

"ENDOSAMOS SIN RESPONSABILIDAD EN FAVOR DE BERMUDEZ Y VALENZUELA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, ADVIRTIENDO LA EXISTENCIA DE ORDEN DE NO PAGO POR PARTE DE UN JUZGADO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL".

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

10. El 23 de julio de 1992, se inició en el Juzgado 29 Civil del Circuito una audiencia de conciliación dentro del proceso ejecutivo, la audiencia se suspendió, el 25 de noviembre de 1992 la apoderada de Bermúdez y Valenzuela presentó un escrito en que hace referencia a la investigación penal, el 15 de julio de 1993 se pidió la continuación del proceso y el 17 de septiembre de ese año se solicitó otra vez la suspensión de la diligencia de conciliación por 3 meses "con el fin de que dentro de dicho término la parte demandante tenga la oportunidad de obtener el levantamiento de la medida y la entrega de los títulos ante el Juzgado 26 Penal del Circuito" eso expresó la apoderada de Bermúdez y Valenzuela S.A.

11. El 30 de septiembre de 1993 el Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad volvió a negar a Bermúdez y Valenzuela S.A. la solicitud de levantamiento de la orden de no pago de los títulos valores aludidos, decisión confirmada el 5 de octubre de 1993 en auto de reposición, y al ser apelada, el Tribunal, Sala Penal, el 22 de noviembre de 1993 volvió a confirmar la orden de no pago de los títulos sustraídos.

12. El 2 de diciembre de 1993 continuó la audiencia de conciliación en el **Juzgado 29 del Circuito Civil** y la apoderada de Bermúdez y Valenzuela expresó que no había conciliación porque "no fue posible obtener que el Juzgado 26 Penal del Circuito de la ciudad levantara la orden de la medida que afecta los títulos". Es decir, era conciente de la orden de no pago y de que la justicia le había resuelto en contra su pretensión de que se pagaran los títulos-valores.

13. El 17 de agosto de 1994, el apoderado del Banco de la República pidió la suspensión del juicio ejecutivo por prejudicialidad penal (numeral 1° del artículo 170 C.P.C.). El Juez 29 Civil del Circuito, el 6 de diciembre de 1994, negó la suspensión por la razón expuesta en el inciso 2°, causal 2ª del art. 170 del C.P.C., es decir, por una causal diferente a la invocada. El Auto es escueto: "este despacho considera que no existe mérito para ordenar la suspensión solicitada; toda vez que el mismo artículo 170 ord 2° inciso 2° precave que en procesos ejecutivos no es viable la suspensión cuando los hechos en que se fundamenta han podido ser objeto de excepciones".

Como esa causal del ordinal 2° del artículo 170 no se refiere a la prejudicialidad penal, sino a la prejudicialidad civil (que no venía al caso) el representante legal del Banco de la

República interpuso los recursos de reposición y apelación, no prosperando ninguno de ellos, aunque el a-quo aclaró que se trataba era de la causal 1ª del mencionado artículo, admitiendo el mismo juez que "el despacho en forma equivocada sustentó su decisión", pero consideró que dicha causal 1ª del mencionado artículo, tampoco prosperaba porque "los títulos que hacen parte de la investigación penal son distintos a los que se presentaron como fundamento de la ejecución".

El Tribunal confirmó (auto de 27 junio de 1995) porque calificó de auténtico el documento base de la ejecución ya que contra él no se propuso tacha de falsedad; el ad-quem se refirió únicamente a falsedad, sin mencionar, ni menos tener en cuenta que la investigación penal era especialmente por peculado .

Hay que agregar que desde un año antes el juez civil había recibido información del juez penal sobre el no pago y el juez civil había dictado un auto, diciendo que esa información se tendría en cuenta "para los fines del artículo 170 del C. de P.C:".

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

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

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

17. A su vez, la sentencia del Juez Penal del Circuito también fue apelada. Se absolvió a algunos de los sentenciados en primera instancia, se condenó al subdirector financiero y a un empleado de contabilidad del IFI y a un accionista de Servivalores, pero confirmándose respecto al reconocimiento de los derechos del IFI-Concesión Salinas. **Y ordenándose compulsar copias para que la Fiscalía investigara penalmente a los representantes legales de Bermúdez y Valenzuela S.A.**. Sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal de Santafé de Bogotá el 1° de octubre de 1996. Es decir, ratificó que debía pagársele al IFI.

18. Aún está el expediente PENAL pendiente de resolverse en casación. Y en el juicio civil la apoderada presentó la liquidación del crédito por un valor de 3.407'883.772,26.

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

"A. Se dejen sin efectos la sentencia de 24 de agosto de 1995, del Juez 29 Civil del

Circuito de Santafé de Bogotá, y la sentencia de 6 de agosto de 1996, de la Sala Civil del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

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

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

20. El 10 de diciembre de 1996, la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá concedió la tutela considerando que las sentencias del proceso civil no analizaron la posibilidad de decretar la prejudicialidad y por consiguiente actuaron de hecho poniendo al solicitante ante la perspectiva de pagar dos veces la misma suma. Anuló las sentencias civiles y le ordenó al juez que considerara la posibilidad de dar aplicación al art. 170 del C. de P. C. El Juez Civil, el 16 de diciembre de 1996, mediante auto eludió el cumplimiento del fallo de tutela con el argumento de que "sobre este tópico ya hubo decisión negativa" (se refiere a la providencia proferida dos años antes sobre prejudicialidad penal y no hizo referencia alguna a las sentencias anuladas).

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

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

23. Escogido para revisión, la Corte Constitucional analizó previamente un aspecto procedimental:

a) Que en la solicitud de tutela se hizo mención a decisiones de los jueces civiles y penales.
b) Que el juez de tutela, Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, consideró que la acción se dirigía no solamente contra las providencias de los jueces civiles sino también contra las de los jueces penales.
c) Que cuando la jurisdicción constitucional va a examinar si un juez o un tribunal colegiado violaron el debido proceso e incurrieron en una vía de hecho, en esta circunstancia excepcional, ante la importancia del asunto a debatir, es indispensable que el juez o los integrantes del tribunal colegiado sean notificados de la existencia de la tutela, porque son ellos preferencialmente quienes deben rebatir la acusación de que cometieron una vía de hecho y, si hubo algún salvamento de voto (como ocurrió en el presente asunto), la opinión minoritaria también tiene derecho a que el Estado le notifique la iniciación de la tutela, no solo

para que exprese su opinión, si a bien lo tiene, sino por la sencilla razón de que de todas maneras integra una Sala de Decisión colegiada. Recordó la Corte que esas Salas ejercen funciones jurisdiccionales como lo señalaba el artículo 7° del Decreto 1265 de 1970 y ahora el artículo 19 de la ley 270 de 1996. Además, en los Tribunales hay diferentes Salas de Decisión, encabezadas por un ponente que es quien identifica la Sala pero **NO EXCLUYE** de su composición a los demás. En el Tribunal de Santafé de Bogotá, en el acta 22 de 15 de julio de 1996 se integraron las Salas de Decisión dentro de la Sala Penal y una de ellas la encabeza y por ello es la ponente en las proviedencias penales contra las cuales también se encausa la tutela, la doctora Florangela Torres de Cardona.

d) Pues bien, como se notificó la iniciación de la acción de tutela solamente a la Magistrada ponente pero no a los otros dos integrantes de la Sala, la Corte concluyó que se incurrió por este aspecto en una nulidad, que es saneable.

e) Respecto del Juez Veintiseis (26) Penal del Circuito de Santafé de Bogotá a quien tampoco se le notificó la iniciación de la tutela porque los juzgados estaban en paro, es obvio que esta circunstancia no podía ser excusa para suspender los términos, pero la labor del Tribunal que conocía la tutela era la de notificar por el medio que considerara EXPEDITO Y EFICAZ (art. 16 decreto 2591 de 1991). Han debido emplearse otros medios de información como enviar un FAX a alguna de las oficinas en el edificio de los juzgados, o enviar un telegrama al domicilio del funcionario y eso no se hizo, luego por este aspecto también había nulidad saneable.

Hay que agregar que la nulidad fue saneada, luego ha llegado el momento de fallar.

ASPECTOS JURIDICOS

A. COMPETENCIA

Es competente la Sala Plena de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución en armonía con los artículos 33, 35, y 42 del Decreto No. 2591 de 1991. Además , su examen se hace por virtud de la selección que de dicha acción practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación y se determinó que la sentencia se profiriera por la Sala Plena.

B. TEMAS JURIDICOS A TRATAR

En primer lugar, se presentará un breve resumen de la jurisprudencia vigente sobre la llamada via de hecho, puesto que esta figura es la aducida en la tutela impetrada; luego se indicará lo que ya se ha dicho en un fallo de la Corte que dilucidó el caso de dos providencias judiciales que ordenaban pagar a dos destinatarias diferentes una misma obligación proveniente de una sola causa, y a una sentencia de Sala Plena que analizó la incidencia del hecho delictuoso frente el estado anterior al delito. Estos antecedentes jurisprudenciales permiten definir si la prejudicialidad penal puede ser arbitrariamente rechazada por un juez civil.

1. Vía de hecho

Se puede afirmar que existe la vía de hecho cuando:

-Hay grave violación a las normas procesales

-Hay violación de principios constitucionales

-Existe desconocimiento de hechos determinantes

-La violación de los derechos fundamentales significa un perjuicio irremediable.

La vía de hecho se liga al debido proceso. Hay que decir que existe el debido proceso adjetivo: la aplicación de normas procedimentales, que muchas veces se ambiciona constitucionalizar, (tal ocurre en el artículo 29 C.P.). Pero también existe el debido proceso sustantivo, de origen anglosajón, muy ligado a la RAZONABILIDAD. Como se ve, el debido proceso es muy complejo y la norma constitucional que lo contiene es una cláusula abierta..

Para saber cuando hay conformación de una vía de hecho, son muchas las sentencias de la jurisdicción constitucional, vale la pena reseñar unas pocas:

"Es abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales[2] *. En efecto, si bien es cierto que en la Sentencia C-543 de 1° de octubre de 1992, esta Corporación declaró inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2191 de 1991, también lo es que en tal fallo se permitió reaccionar ante determinadas providencias, ya sea para evitar perjuicios irremediables y defender los derechos fundamentales de las personas, o ya sea porque determinadas actuaciones judiciales pueden configurar vías de hecho que vulneran derechos fundamentales. Así, en el citado fallo, la Corte precisó que no "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"* [3]

¿Cuando se configura entonces una actuación o vía de hecho imputable a un funcionario judicial? Esta Corporación ha delimitado el alcance de la vía de hecho judicial y ha señalado que ésta existe "cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos constitucionales de la persona"[4] *. En efecto, en tales*

---

2 Ver, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional T-43/93, T-79/93, T-198/93, T-173/93, T-331/93, T-368/93, T-245/94.

3 Corte Constitucional. Sentencia T-543/92, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

4 Cf Corte Constitucional. Sentencia T-079 de febrero 26 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver igualmente Sentencia T-336/93. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

circunstancias, el funcionario judicial antepone de manera arbitraria su propia voluntad a aquella que deriva de manera razonable del ordenamiento jurídico, por lo cual sus actuaciones, manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, no son providencias judiciales sino en apariencia. En realidad son vías de hecho, frente a las cuales procede la tutela, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos procesales señalados por la Constitución, a saber que se esté vulnerando o amenazando un derecho fundamental, y la persona no cuente con otro medio de defensa judicial adecuado. Así, al respecto ha dicho esta Corporación:

"No es la apariencia de una decisión, sino su contenido, lo que amerita la intangibilidad constitucionalmente conferida a la autonomía funcional del juez. Hay que distinguir entre providencias judiciales y las vías de hecho. Las primeras son invulnerables a la acción de tutela en cuanto corresponden al ejercicio autónomo de la decisión judicial y respecto de las cuales existen, dentro del respectivo proceso, los medios de defensa judiciales establecidos por el ordenamiento jurídico. Las segundas son apariencias de providencias judiciales que vulneran los derechos básicos de las personas. De suerte que la violación de la Constitución Política por parte de la autoridad judicial puede ser atacada mediante la acción de tutela, siempre y cuando se cumplan los presupuestos contemplados en el artículo 86 de la Carta y no exista otro medio de defensa judicial para la adecuada protección del derecho fundamental lesionado.[5] "

Por supuesto que se debe precisar:

La acción de tutela no representa frente a los respectivos procesos judiciales instancia ni recurso alguno. Cuando la vulneración del derecho constitucional se estudia con ocasión de la acción de tutela, no se avoca el conocimiento y desarrollo de la litis, lo que bajo ninguna circunstancia es de la incumbencia de la jurisdicción constitucional, sino única y exclusivamente la conducta del juez reflejada en su providencia y en cuanto ésta haya violado un derecho fundamental o amenace hacerlo.

El anterior planteamiento tiene su fundamento en que la Providencia atacada puede traducir un comportamiento del juez que irrogue agravio a los derechos fundamentales de una persona y el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia impone a los jueces el deber de actuar como celosos guardianes de la igualdad sustancial de las partes vinculadas al proceso.

Anteponer la seguridad jurídica a la justicia material -mal interpretada porque una comunidad donde la violación de los derechos fundamentales permanece impune no reúne ninguna condición mínima de seguridad- es un recurso traculento inspirado únicamente en la lógica del poder y en el inconfesado deseo de conservar un feudo intocado dentro Estado.

La Corte Constitucional, en la propia sentencia C-543/92 que declaró inexequible el artí-

5 Sentencia T-368 de 1993. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

culo 40 del decreto 2591 de 1991, en la parte motiva dijo: "En esa condición, no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales" para luego aclarar que hay tutela en actuaciones DE HECHO. Esta apreciación de la sentencia integra la COSA JUZGADA IMPLICITA, o sea, según se dijo en la sentencia C-113/93, aquellos conceptos de la parte motiva que guardan una unidad de sentido con la parte dispositiva de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender ésta sin la alusión a aquellos. "Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutiva tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación - guardiana de la integridad y supremacia de la Carta - le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la constitución".

La propia Corte Suprema de Justicia -Sala Civil- el 1° de octubre de 1992 reconoció que cuando era evidente la violación al debido proceso, prosperaba la tutela y así lo expresó en una tutela interpuesta contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y contra una sentencia del Juez Promiscuo de Familia de San Andrés. Es que una decisión de la autoridad judicial no puede ser constitucional solamente por el hecho de adoptarse en ejercicio de las funciones del cargo, sino que ella debe respetar la igualdad de todos ante la ley, principio que le imprime a la actuación su carácter razonable, se trata de **un verdadero limite sustancial a la discrecionalidad de los servidores públicos**, quienes en el desempeño de sus funciones, no pueden interpretar y aplicar arbitrariamente las normas, so pena de abandonar el ámbito del derecho y pasar a patrocinar simple y llanamente actuaciones de hechos contrarios al Estado de Derecho que le da legitimidad.

Dijo la Corte Constitucional en ese 1° de octubre de 1992, en la C-543/92:

"Nada obsta para que por vía de tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilaciones injustificadas en la adopción de decisiones a su cargo que procede 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 los cuales desconozca o amenace los derechos fundamentales".

Por ello se ha entendido que la decisión investida de las formalidades de un acto jurídico encubre una actuación de hecho cuando éste obedece más a voluntad o capricho del agente que a competencias atribuidas por ley para proferirla.

Ahora bien, si el Juez esta sometido al ordenamiento jurídico cuya cúspide es la Constitución, es imperativo que exista un único criterio de interpretación constitucional sobre la vía de hecho y así lo ha admitido la Corte Constitucional.

Por elio, las vías de hecho judiciales son impugnables mediante tutela ya que el derecho al debido proceso se aplica a todas las actuaciones judiciales y es desarrollo del derecho de toda persona natural o jurídica para acceder a la administración de justicia; esta forma de acceso incluye la oportunidad de recibir tratamiento justo, lo cual implica respetar princi-

pios fundamentales de procedimiento como el de no ser condenado dos veces por el mismo hecho, el de procurar en lo posible retornar las cosas al estado anterior cuando ha ocurrido un delito y el de unidad de jurisdicción.

2. Volver las cosas a su estado anterior a la Comisión del delito

Sobre este tema: tratar de que las cosas vuelvan al estado anterior a la comisión del delito, la Corte Constitucional en sentencia C-245/93 (M.P. Fabio Morón Díaz) dijo:

"Es más, se debe partir del supuesto que indica que es misión del funcionario judicial el restablecimiento de los derechos de la víctima y de la sociedad, y que ésta comprende la facultad de paralizar el valor jurídico de los actos negociales vertidos en títulos públicos y oponibles cuya causa sea ilícita.

En relación con lo anterior se destaca que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Diciembre tres (3) de mil novecientos ochenta y siete (1987), señaló al respecto de la acusación de inconstitucionalidad del artículo 53 del anterior Código de Procedimiento Penal que "Como la protección de la propiedad privada en nuestro ordenamiento constitucional se condiciona a su adquisición con justo título y de acuerdo con las leyes civiles, no encuentra la Corte vicio de inconstitucionalidad alguno en que el legislador le haya impuesto al juez penal la obligación de ordenar la cancelación de los títulos espurios, pues además de ser consustancial a su misión la restitución de los bienes objeto del hecho punible para restablecer el estado predelictual, (restitutio in pristinum) la adquisición de ellos aún por un tercero de buena fe, no es lícita en razón del hecho punible que afecta la causa de su derecho y que el juez penal debe declarar de oficio para restablecer el derecho de la víctima.

"Se trata de una forma de resarcimiento del daño que tiende a restablecer el quebranto que experimenta la víctima del hecho punible mediante la restitución originaria de los bienes objeto material del delito. Pero la orden del juez penal y su ejecución no agotan el deber indemnizatorio del procesado de quien puede exigirse el pleno resarcimiento del daño en el proceso penal mediante la constitución de parte civil, o en proceso civil una vez decidida la responsabilidad penal.

Es apenas obvio que la justicia tenga como uno de los objetivos que las cosas vuelvan a la situación predelictual; en caso de una sustración de un título valor (por robo o por peculado), lo justo es que si se recupera lo sustraido el favorecido por la recuperación sea el legítimo dueño del título valor, no tiene sentido y SERIA JURIDICAMENTE REPROCHABLE que el obligado a pagar un título valor tuviera que pagarle al beneficiario a quien le robaron el documento y también tuviera que pagarle al tenedor del título a sabiendas de que ocurrió un delito, porque si esto último fuera así, se llegaría al ABSURDO de que sería mejor no recuperar los títulos-valores objeto de sustracción, o a otro ABSURDO aún peor: que si la justicia es eficiente y recupera el título robado, esa misma justicia puede ordenar a quien sufrió el delito pagar dos veces lo robado, como si la víctima hubiera cometido el ilícito y mereciera castigo, esto último es totalmente irracional.

3. Unidad de jurisdicción

No se trata solamente de señalar ese principio del derecho que aboga por volver al estado predelictual, "restitutio in pristinum", sino de compaginarlo con otro principio del debido proceso: la unidad de jurisdicción. Corolario de la necesidad de manejar el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por eso la aludida sentencia C-245/93, agrega:

"No se puede cuestionar entonces el deber que le impone la ley al juez de ordenar la cancelación de los resgistros espurios, simplemente por ser una función que tradicionalmente cumplía el juez civil en el correspondiente proceso de nulidad del acto jurídico vertido en el documento adulterado, ya que en razón del principio de la unidad de jurisdicción al juez penal se extiende la competencia para decidir sobre cuestiones civiles vinculadas con el hecho punible y por tanto complementarias con la defensa jurídica y social del crimen.

"Aceptar la pretensión del actor de anonadar la integridad del precepto acusado, implicaría reconocer que el delito puede ser fuente o causa lícita de aquellos derechos que la Constitución denomina 'adquiridos con justo título' y que deben ser protegidos por la ley aun en detrimento de los derechos del legítimo titular, de los que pretendió despojarlo el autor del hecho criminal". Y más adelante añadió: "Tal decisión sólo puede adoptarse una vez que se haya dado oportunidad a los poseedores o adquirentes de buena fé de los bienes objeto del delito y sujetos a registro, de hacer valer sus derechos en el proceso penal." (M.P. Dr. Jairo Duque Pérez)."

Y remata la sentencia C-245/93:

En concepto de la Corte Constitucional, la demostración de la tipicidad del hecho punible significa que esta situación jurídica le atribuye al funcionario judicial razón suficiente para enervar los efectos jurídicos del título y del registro y lo habilita para ordenar su cancelación, en los términos que establece la disposición acusada; se trata de impedir que el título viciado genere una cadena de defraudaciones a la ley y a los derechos de los demás que actúan de buena fe y a los de la sociedad, que exigen que sea intachable la oponibilidad de los títulos y la de los actos emanados de la función pública registral. Es este el ámbito propio y específico de una decisión judicial anticipada que persigue la preservación del derecho de propiedad y la garantía de la seguridad jurídica."

4. Qué ocurre cuando dentro de la misma jurisdicción hay decisiones encontradas que implican doble condena

La Corte Constitucional en la T-056/97, al estudiar un caso en el cual hubo dos decisiones que obligaron al I.S.S. a pagar a dos beneficiarios distintos una pensión de sobrevivientes, es decir, hubo doble condena, consideró que esta circunstancia constituía via de hecho.

"De no haberse presentado la aludida omisión (se refiere al litis consorcio), el proceso hubiera concluido necesariamente decidiendo la cuestión litigiosa en forma unitaria para las dos interesadas, de manera que se hubiera definido a cual de ellas correspondía en derecho la pensión de sobrevivientes de Sigifredo de Jesús Henao Cuartas. Esta situación, necesariamente motivó el trámite del segundo proceso adelantado por Gloria Betancur Vargas, que determinó una decisión contradictoria en el sentido de imponer una doble condena al ISS y que igualmente resultó contagiado del mismo vicio.

Por lo demás, la falta de integración de litisconsorcio también significó un desconocimiento de principios esenciales del ordenamiento constitucional, como son: la justicia, la vigencia de un orden justo, y la eficiencia y la eficacia de las decisiones judiciales, pues no se aviene con aquéllos los fallos de la jurisdicción laboral que impusieron al ISS, sin causa jurídica legítima, una doble obligación que lesiona su patrimonio, el cual igualmente es objeto de protección, según se desprende de diferentes normas de la Constitución."

Esta posición jurisprudencial contribuye para la decisión que se tomará en el presente fallo.

5. Prejudicialidad penal:

Se entiende por prejudicialidad la cuestión sustancial pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia de litigio o de la declaración voluntaria en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene (caracterización hecha por Hernando Devis Echandía, Compendio de Derecho Procesal).

Un antiguo juez de instrucción criminal, el Juez del Circuito Penal y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por un lado, y el Juez 29 Civil del Circuito y la Sala Civil del Tribunal de Santafé de Bogotá, por otro lado, integran todos ellos la jurisdicción ordinaria, luego atenta contra el principio de unidad de jurisdicción que los jueces penales ordenen preventivamente no pagar unos títulos que fueron sustraídos, que luego en la decisión que resuelve la causa ordenen al Banco de la República que le pague esos títulos al IFI; y, contraviniendo la orden inicial de no pago, los jueces civiles le ordenen al mismo Banco que con base en los mismos títulos se le pague a Bermúdez y Valenzuela S.A.; es decir, ocurriendo determinaciones encontradas en perjuicio del Banco de la República que fácilmente se hubieren evitado si el proceso civil se hubiere suspendido.

Si no puede haber órdenes diferentes por lo mismo y si habiéndolas se altera el orden justo porque el Banco de la República terminaría pagando doblemente lo debido, en razón de las discímiles decisiones judiciales, es necesario dilucidar, en el caso concreto, cual providencia judicial es tan arbitraria que llegue a constituir una via de hecho.

El juez civil, al negar una prejudicial que obviamente ha debido decretar porque se

investigaba penalmente la sustracción de los títulos que servían de base para una ejecución, se limitó a explicar su determinación pero no a justificarla. El interrogante es si esa no justificación es una vía de hecho.

Lo cual implica dilucidar si en algunas ocasiones el Juez Civil está obligado a aplicar la prejudicialibidad penal para que no ocurriera, como ocurrió en el caso presente, que se terminara obligando al Banco de la República a pagar a dos personas jurídicas diferentes una obligación emanada de unos títulos que fueron robados.

En el presente caso hay una prejudicialidad lógica porque si el título-valor que da base a un ejecutivo es un documento robado, y hay prueba de eso en el propio expediente civil porque el Juez Penal libró oficios al Juez Civil, porque en el endoso del mismo título se hace referencia a la investigación penal, porque en la propia demanda ejecutiva se expresa tal circunstancia, porque el Juez Civil en dos oportunidades suspendió la audiencia de conciliación mientras el juez penal definía si se levantaba una orden de no pago entonces lo contrario a derecho es no suspender el proceso civil mientras el juez penal profiere sentencia.

Es más, el juez civil tenía el deber constitucional de colaborarle a la justicia penal (art. 95 C.P. y art. 6° ib.), luego, enterado de la investigación penal, ha debido cumplir con la orden de no pago decretada por el Juez Penal o suspender el juicio hasta que esa orden u otra relativa al pago, quedara definitivamente en firme.

No le era válido al juez civil continuar un proceso a sabiendas que la causa que originó movimiento de la justicia civil en el caso concreto fue nada menos que el objeto de un delito de peculado. Y, como lo hizo, violentó un principio procedimental que es básico para el principio constitucional de la búsqueda del orden justo.

Y, no puede alegarse la presunción de buena fe del tenedor cuando está probado que no la tenía (art. 835 Código de Comercio).

La buena fe es un concepto ampliamente utilizado dentro del ordenamiento jurídico y consiste en la firme creencia de que quien actúa lo hace dentro de la legalidad y en ausencia de actuaciones fraudulentas que vaciarían el contenido de ésta.

El artículo 83 de la Constitución establece que : "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas." Los jueces cumplen con la función de administrar justicia por lo tanto deben actuar conforme a este mandato constitucional.

Cuando se demuestra la ausencia de buena fe, al juez no le queda camino diferente al reconocimiento fáctico de que la actuación del particular no se desarrolló conforme a ésta, de lo contrario estaría desconociendo el artículo 228 de la Constitución y haciendo de esta presunción un formalismo ajeno a la realidad.

La presunción de buena fe es desvirtuada cuando existe la prueba fehaciente de que ésta

no existe. La buena fe no es un concepto absoluto y como simple presunción no puede catalogarse en un grado de superior jerarquía frente a la realidad, a los hechos concretos que en este caso están representados por la orden de no pago dictada por la justicia penal. Dentro de la normatividad sobre títulos valores contemplada en el Código de Comercio no existe ninguna norma que permita al juez el pago del título cuando existe objeto ilícito del mismo.

En este caso el juez civil desconoció decisiones penales actuando por fuera de lo que le ordena la Constitución. El derecho cambiario no puede hacer lícito lo que bajo otro ordenamiento es abiertamente ilícito puesto que este tipo de razonamiento llevaría al desquebrajamiento de la estructura interna del derecho.

Si bien es cierto el artículo 170 del C. de P. C. en su causal primera le da al juez civil una discrecionalidad para suspender o no el proceso, esa discrecionalidad no es absoluta ni puede llegar a la arbitrariedad y si esto ocurre, la arbitrariedad no queda saneada porque la decisión se confirmare en segunda instancia, sino que, habría que estudiar en este evento si la decisión de segunda instancia también se catalogaría como vías de hecho.

La discrecionalidad que reconoce el artículo 170 numeral 1° del Código de Procedimiento Civil no es una facultad que el juez puede ejercer desconociendo el orden constitucional, particularmente los artículos 29 y 228 del Ordenamiento. El artículo 170 del C. de P.C. debe ser aplicado bajo el método de interpretación AXIOLOGICO, entendiendo que el texto debe adecuarse a los PRINCIPIOS fundamentales del procedimiento, que emanan del derecho fundamental del debido proceso, y, lógicamente adecuarse al principio constitucional del ORDEN JUSTO.

Cuando el juez entra a decidir sobre el reconocimiento de la prejudicialidad penal dentro del proceso civil no debe olvidar que la discrecionalidad no puede ser contraria al principio de unidad de jurisdicción que es un principio rector del Estado de Derecho cuyo desconocimiento implicaría vulnerar el derecho al debido proceso establecido en el artículo 29 C.N. y particularmente la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Si no ocurre la suspensión se corre el peligro de alterar la coherencia axiológica y esto produce efectos perversos, como efectivamente pasó en el presente caso.

Hay que recordar que el procedimiento está consagrado por la Constitución como una herramienta para realizar el derecho sustancial (Art. 228 C.N.) nunca para entrabar la obtención del orden justo. Si el juez se enfrenta a una norma que le otorga discrecionalidad debe decidir de acuerdo al ordenamiento jurídico en su conjunto, pues lo contrario equivaldría a desconocer el Artículo 230 C.N. cuando dice "... Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley". Ley que en este caso debe ser entendido como el ordenamiento jurídico en su totalidad lo que incluye las normas constitucionales- (arts. 2° y 4° C.P.).

Cuando el juez civil opta por desconocer la prejudicialidad penal, esto lo lleva a la consecuencia de permitir que se declare dos veces civilmente responsable al Banco de la República por el pago de unos mismos títulos y a violentar las decisiones penales que también deben ser cumplidas por el Juez Civil (como es el caso del auto ordena y del artículo

que permite dar la orden de no pago).

No puede aducirse que la presunción de buena fe (que no existe en el caso de la presente tutela) facilita pago doble respecto de títulos sustraidos y objeto de investigación por PECULADO.

La noción de tercero de buena fe exenta de culpa es reconocida en el orden constitucional dentro del concepto de la presunción de inocencia. Sin embargo no puede considerarse como tal a una persona que desconoce las decisiones de la jurisdicción penal que ordenan el no pago de un título.

Por último: La noción de autonomía que establece el Código de Comercio respecto a los títulos valores no puede ser utilizada para desconocer el artículo 29 de la Constitución Nacional. Esa autonomía, de carácter eminentemente legal, es un instrumento para la seguridad jurídica y sería absurdo afirmar que ésta se sostiene a través de la violación de la propia seguridad jurídica expresada en la unidad de jurisdicción del desconocimiento de los derechos adquiridos y que en su lugar se preferencien consecuencias provenientes del delito; esta no es una guía válida en el razonamiento jurídico.

C. CASO CONCRETO

El Juez Penal debía ordenar el **NO** pago unas obligaciones respaldadas en títulos robados y que motivaron una investigación criminal por PECULADO y otros delitos y **así lo hizo**, su decisión fue válida y justa. Esta orden era y es imperativa no solo para el Banco de la República a quien se le dirigió sino para todos los asociados, sean autoridades o particulares. También es imperativa para Bermúdez y Valenzuela S.A. que como interviniente en el proceso penal, pidió desde antes de iniciarse el juicio civil que se levantara la orden de no pago. **Los jueces penales**, en numerosas oportunidades, no accedieron a cambiar su determinación, pese a las reiteradas peticiones de Bermúdez y Valenzuela, luego esta persona jurídica estaba ligada a lo definido en varias oportunidades por el Juez Penal: Que mientras se investigaba, no se pagara la suma consignada en los títulos robados.

Si el beneficiario de los títulos, antes de la delictuosa sustracción, era el IFI, y los títulos son recuperados, el IFI no pierde su derecho, salvo que la justicia diga lo contrario (lo cual no ha ocurrido hasta ahora, el juzgador en lo penal ha determinado que se le pague al IFI). Claro que el juicio penal aún no ha terminado.

Si un corredor de bolsa tiene en su poder los títulos sustraidos y luego se convierte en tenedor de los mismos a sabiendas de que son robados y presenta 6 de ellos para su cobro judicial por la via civil, no puede alegar una presunción de buena fe. Hay prueba suficiente para demostrar que no obraba de buena fe:

- En los seis endosos se hace referencia a la orden de **no pago** por estar adelantándose la investigación penal,

- En la misma demanda ejecutiva se expresó lo anterior. En efecto, en el hecho 6° de la demanda ejecutiva se dijo: "el BANCO DE LA REPUBLICA no ha cubierto su valor, fundándose en una orden dada por el Juez de Instrucción Criminal", entonces, cómo puede alegarse la buena fe?. Además, contiene una insinuación desvirtuable: que el Banco no quiso pagar; esto no es cierto porque el Juez Penal le ordenó al banco que no pagara y que si llegaban los títulos al Banco los RETUVIERA, pues bien, si esos 6 títulos hubieren sido presentados al Banco de la República, éste los hubiera retenido, y si no los retuvo es sencillamente porque no los presentaron, y este es un indicó contra la presunta buena fe de Bermúdez y Valenzuela S.A.

- Bermúdez y Valenzuela S. A. dentro del proceso penal se hizo presente y no obtuvo la cancelación de la orden de no pago, pese a que reiteradamente lo pidió.

- Bermúdez y Valenzuela S. A. inclusive ofreció caución para que se levantara la orden de no pago y esto también le fue negado por el Juez 26 Penal del Circuito el 14 de julio de 1993 y el 23 de julio del mismo año se le comunicó esta decisión al Juez 29 Civil del Circuito. (En esa comunicación se hacía referencia, también, a la retención).

- El Banco y Bermúdez y Valenzuela S.A., conjuntamente, pidieron en el **juicio civil** la **suspensión** de la audiencia de conciliación mientras el juzgado penal definía lo del levantamiento de la orden de no pago, y el Juez 29 Civil del Circuito ordenó la suspensión de la audiencia.

- Esa audiencia de conciliación sólo se podía suspender por una sola vez, para ser reanudada al quinto día siguiente. En el presente caso se celebró el 23 de julio de 1992, el juez aceptó la suspensión "para proseguirla una vez se determine la situación que se plantea por parte de los solicitantes en cuanto a la orden de pago se refiere" (es decir la orden del juez penal). Se reinició el 17 de septiembre de 1993 y nuevamente se suspendió mientras decidía el Juez Penal.

- En agosto de 1993 el propio Juez 29 Civil del Circuito "**para los fines del artículo 170 del C. de P.C.**" ordenó tener en cuenta un oficio del Juez 26 Penal del Circuito sobre la orden de "retención y el no pago" de los títulos que originan la tutela .

Lo interesante es que la aplicación del art. 170 sólo fue solicitada por el apoderado del Banco un año después, luego se deduce que el propio Juez ya veía la importancia de la suspensión del proceso.

Si el Juez Civil tuvo conocimiento de la no orden de pago y si se pidió la suspensión por prejudicialidad penal, no podía el juez civil negar la suspensión del proceso civil sustentándose en otra causal que no venía al caso.

Si interpuesta la reposición contra ese abuso, se reconoce el mismo, la solución lógica era revocar, pero se confirmó diciéndose que de todas formas era discrecional suspender o no. Hasta allá no puede llegar la discrecionalidad. La explicación dada: que se trataba de distintos títulos: unos originales y otros falsificados, obligaba con mayor razón a la suspen-

sión porque era el pleno reconocimiento de que se estaba ejecutando con base en unos títulos-valores originales ROBADOS y además objeto adicional de falsificación.

Si subió en apelación, el Tribunal no podía eludir un punto tan importante como era el de que se trataba de un PECULADO, y limitarse a enfocarlo como FALSEDAD.

Es obvio que no había que promover tacha de falsedad contra unos títulos originales, pero también es obvio que una cosa es la falsedad y otra el peculado, delito este último cometido sobre los títulos originales.

En conclusión, se abusó al no suspenderse el proceso civil. Como ello fue así, en la sentencia de excepciones no se tuvo en cuenta que había plena prueba de que existía un objeto ilícito en la pretensión, puesto que se reclamaba con base en unos títulos robados.

Es más, el Juez Civil tenía conocimiento de la incidencia del proceso penal porque en las audiencias de conciliación se hizo referencia a ello. Lo grosero es que se le diga al Juez Civil que se espere a que decida el Juez Penal y como decide en contra de la petición de Bermúdez y Valenzuela S.A., entonces se le pida al Juez Civil que continúe el proceso para que tome una definición contraria a la del Juez Penal, y que el Juez Civil acepte esta actuación abiertamente contraria al orden justo.

Todo lo anterior indica que se incurrió en via de hecho por parte del Juez Civil, luego contra las providencias de no suspensión sólo cabe la tutela, ya que no hay otro camino diferente a este amparo.

En el fallo de tutela de primera instancia se determinó que los jueces civiles (no los penales) violaron el debido proceso, por eso prosperó la acción.

La Corte Constitucional también considera que debe concederse la tutela en tal sentido porque si continúa el proceso civil habría un perjuicio irremediable en cuanto se obligaría al Banco de la República a pagar dos veces una obligación. La via de hecho se ocasionó al no decretarse una prejudicialidad lógica estando todos los requisitos: prueba del proceso penal, inclusive con orden en firme, conocida, controvertida por la firma Bermúdez y Valenzuela S.A. causal invocada oportunamente (antes de la sentencia civil que definió EXCEPCIONES DE FONDO) y que necesariamente debía ser atendida porque la prejudicialidad surge de que en el juicio penal se investiga si se cometió delito de peculado por la sutracción de los títulos-valores que están en el juicio ejecutivo. En efecto, en la sentencia penal se determina (ya hay determinación, pero falta el recurso de casación) que se mantiene la orden provisional de NO pago y se dice a quien se paga (ya se dijo que al IFI, pero, se repite, está en curso la casación) y, actualmente, esos títulos-valores ya están donde siempre han debido estar: en el proceso penal; luego, se impone la prejudicialidad mientras finaliza todo el proceso penal a fin de saber definitivamente si queda en firme la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá en el referido juicio penal, en cuanto ordenó pagarle al IFI, en cuyo caso no podría obligarse a que se pagara a otra persona jurídica o natural diferente.

Por último, hay dos memoriales recientemente llegados: una sustitución de poder de Pablo Elías González en favor de Jorge Prado Sánchez (como representante legal de Bermúdez y Valenzuela S.A. Comisionista de Bolsa) y una petición de copias (de los memoriales de Pablo González, Necty Gutiérrez y actuaciones dentro del mes de octubre de 1997 en el expediente de tutela) que se resolverán decretando la expedición de copias y reconociendo la sustitución.

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia en la acción de tutela de la referencia y MODIFICAR la de primer instancia en el sentido de confirmar la concesión de la tutela, pero dándose la orden de la siguiente forma: se anula todo lo actuado a partir del auto del 6 de diciembre de 1994 del Juzgado 29 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, inclusive, que negó la suspensión, para que el Juez 29 Civil del Circuito, teniendo en cuenta la existencia del proceso penal a que se ha hecho referencia, proceda a suspender el juicio civil mientras en definitiva se resuelve el proceso penal, teniendo siempre en cuenta consideraciones hechas en el presente fallo.

Segundo.- Por Secretaría se librará la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Tercero.- Expídanse las copias mencionadas en la parte motiva.

Cuarto.- Tiénese al Dr. Jorge Prado Sánchez como representante legal para esta tutela de Bermúdez y Valenzuela S.A. comisionista de Bolsa, en los términos y para los efectos de la sustitución que se le hizo.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO,Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. SU-479
septiembre 25 de 1997

TESIS DE LA DOBLE VIA-Contenido de las informaciones

Desde el punto de vista del contenido de las informaciones, se ha consolidado en la jurisprudencia la tesis de la doble vía, en cuya virtud tiene tanta importancia el derecho de quien las emite a hacerlo sin restricciones ni censura, ni bajo la imposición o el control de agentes oficiales, como el que corresponde a los sujetos pasivos de la relación informativa a recibir los datos y noticias, también sin cohibiciones externas y con las notas de veracidad e imparcialidad que el precepto superior destaca, cuya efectividad les garantiza que no serán manipulados mediante la información para los fines de quien informa sino que se les respetará, en su núcleo esencial, el propio derecho a informarse adecuadamente.

DERECHO A LA RECREACION

La Constitución garantiza el derecho de todas las personas a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, el cual implica la seguridad de que al procurarse los medios de esparcimiento individual y familiar, la persona pueda escogerlos según sus gustos, tendencias y posibilidades económicas.

DERECHO A LA INFORMACION-Libertad en la búsqueda de los medios

Como supuesto básico de la recepción de informaciones, calificada materialmente por la Constitución, y del derecho a obtener diversión a título personal y familiar, así como del acceso a la cultura y el conocimiento, la garantía de los derechos correspondientes supone la libertad individual en cuanto a la escogencia espontánea e incondicionada de los canales aptos para proporcionar los servicios orientados a esas finalidades, bien que se trate de los medios de comunicación o de la actividad de personas naturales o jurídicas especializadas en informar, recrear y propiciar el acceso a la ciencia, el arte y la cultura. No hay verdadero derecho a la información cuando externamente se impone al receptor de la misma un determinado medio o servicio, o cuando, contra su voluntad, se le impide el acceso a alguno o algunos de ellos en particular. Ni existe tampoco un genuino ejercicio del derecho a recrearse o a incrementar la propia cultura si no hay posibilidades de opción sobre los medios que lo permitan.

CONTRATACION DE SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION-Prevalencia de autonomía individual frente administración de conjunto habitacional/**ACCION DE TUTELA**-libertad de contratación de copropietarios frente a conjunto de vivienda/**CONSTITUCION POLITICA**-Aplicación directa sobre mecanismos ordinarios

Cuando la contratación es impuesta, en especial si se limita a determinado oferente de televisión por suscripción, resultan violentados, aparte del derecho a la información, la autonomía personal y el derecho a la intimidad del individuo y de su familia, en cuanto el servicio no querido ni buscado penetra forzosamente en el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido. Se reitera lo expuesto por la Corte en sentencias donde puso de presente, que las asambleas y juntas directivas o consejos de administración de edificios y conjuntos residenciales no pueden hacer valer sus decisiones por encima o en contra de los derechos constitucionales fundamentales de los copropietarios o residentes, obligándolos a suscribir contratos individuales o colectivos con determinada firma de televisión por suscripción, ni tampoco prohibiéndoles que lo hagan. Cada uno goza de libertad para decidir si se suscribe o no a la denominada televisión por cable y para seleccionar la empresa prestadora de tales servicios que más le convenga y agrade. Por supuesto, por tratarse de materias que desbordan el campo de las simples relaciones jurídicas emanadas de la propiedad horizontal, ubicando las controversias en el plano de la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, tiene lugar la aplicación directa de la Constitución Política de manera preferente sobre los mecanismos procesales ordinarios, y se repite que es la acción de tutela el medio judicial idóneo para obtener su protección y para que el juez imparta las respectivas órdenes mediante las cuales se reivindique la libertad de contratación de los copropietarios o residentes frente a la pretendida imposición de quienes administran el respectivo conjunto de vivienda.

ANTENA PARABOLICA-Hace parte de áreas comunes en conjunto habitacional

Existe diferencia entre la contratación con servicios de televisión por suscripción, en la que prevalece la autonomía individual, y la adquisición que a nombre de la comunidad y a título de bienes de uso común entre los copropietarios, haga la administración de un cierto edificio o conjunto habitacional de una estación terrena de televisión (antena parabólica), para la recepción de señales incidentales de televisión con destino al disfrute comunitario de las mismas, previo cumplimiento de los requisitos legales, la autorización de la Comisión Nacional de Televisión y el acatamiento a las disposiciones señaladas en el correspondiente reglamento de propiedad horizontal. En tales casos, la antena hace parte de las áreas comunes del edificio o complejo residencial, ya que se integra al conjunto de elementos que con el patrimonio común se adquieren para comodidad y beneficio de sus habitantes. Tan de uso común es la antena parabólica como otros bienes y servicios comunes (parqueaderos, lavandería, parque infantil, gimnasio, salón comunal, entre otros) y, por tanto, teniendo acceso a ella todas las unidades residenciales, los propietarios de éstas se hallan obligados por igual, en los términos que prevea el reglamento de propiedad horizontal y como lo disponga, en ejercicio de sus atribuciones, la respectiva asamblea de copropietarios, a su sostenimiento.

ANTENA PARABOLICA-Decisión de adquisición por mayoría de integrantes de Asamblea/**ANTENA PARABOLICA**-pago de cuota fijada

Otra cosa es que, al momento de decidir acerca de si la antena parabólica se adquiere o no, como ocurre con los demás elementos comunes, cada uno de los integrantes de la Asamblea deba tener, según las reglas generales, la oportunidad de oponerse o de apoyar tal proyecto, y la posibilidad cierta de ejercer su derecho de voto. Adoptada la determinación correspondiente por las mayorías que el reglamento contemple, los ausentes y disidentes quedan obligados por ella y, si algo tienen que alegar al respecto, en cuanto a su validez, deben acudir a los medios judiciales ordinarios. Pero, mientras el acto de la Asamblea permanezca en vigor, en cuanto no haya sido revocado por ella misma o anulado por el juez competente, las obligaciones del copropietario, entre las cuales se encuentra el pago de las cuotas ordinarias o extraordinarias que se hayan fijado, deben ser cumplidas, bajo el apremio de las sanciones que, según sus facultades, pueda imponer la administración. Queda a salvo desde luego, la libertad de cada copropietario de contratar o no servicios adicionales de televisión privada por suscripción, sin que en ello puedan interferir la asamblea ni la junta administradora.

Referencia: Expediente T-131425

Acción de tutela incoada por Emanuel Aguirre Paredes contra el Consejo De Administracion Del Conjunto Residencial "Multifamiliares La Base".

Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinticinco (25) días del mes de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 54A del Acuerdo 01 de 1996 (Reglamento de la Corporación), asume la Sala Plena de la Corte Constitucional la revisión de los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Doce Civil del Circuito y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

El asunto fue repartido inicialmente a la Sala Quinta de Revisión, la cual, teniendo en cuenta las características del caso frente a sentencias anteriores sobre temas afines, resolvió someterlo al análisis de la Sala Plena, por lo cual el presente fallo expresa la doctrina unificada de la Corte sobre los puntos objeto de examen.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Emauel Aguirre Paredes, quien vive en el Conjunto Residencial "MULTIFAMILIARES LA BASE" de la ciudad de Cali, ejerció acción de tutela contra el Consejo de Administración de dicho complejo, alegando que violaba sus derechos a la igualdad, a la intimidad personal y familiar, a su buen nombre, al libre desarrollo de su personalidad, a la libre asociación y de petición.

Adujo el actor que el Consejo estableció, sin su consentimiento, unos derechos para la prestación del servicio de antena parabólica, que no está ni antes estuvo interesado en adquirir.

Señaló al respecto que se lo pretendía obligar a tomar un servicio no querido por él, conculcando su derecho a decidir sobre el ámbito íntimo, personal y familiar.

Solicitó que se ordenara al Consejo suspender los cobros que le venían haciendo por el indicado concepto, así como los correspondientes intereses de mora.

También pretendió que se impidiera al Consejo continuar cobrándole una cuota extraordinaria de $20.000.oo, destinada al fondo de reserva.

II. DECISIONES JUDICIALES

En primera instancia, mediante fallo del 11 de marzo de 1997, el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali concedió la tutela solicitada, "únicamente con el fin de prevenir al representante legal del Conjunto Residencial Multifamiliares La Base que el accionante no está obligado a afiliarse al sistema particular de televisión por parabólica y por lo tanto no hay lugar a exigirle el pago de sumas de dinero por este concepto".

Se negó la tutela en lo referente a la finalidad buscada por el demandante en el sentido de que no se le cobrara una cuota extraordinaria con destino al fondo de reserva.

En el fallo que invocó lo expresado por la Sala Cuarta de Revisión de esta Corte en Sentencia T-233 del 17 de mayo de 1994, se consideró que la Asamblea de Copropietarios no podía fijar la obligación de obtener la suscripción a un sistema de televisión privado, pues al hacerlo conculcó el derecho a la intimidad personal y familiar de una persona y rebasó el ámbito de sus facultades legales y estatutarias.

El representante legal del Conjunto Residencial "Multifamiliares La Base" impugnó el fallo manifestando:

> "Considero que hay una confusión de términos al hablarse de un sistema particular de televisión por parabólica, pues se trata de un sistema común de televisión por parabólica, que ya, como se dijo y sustentó oportunamente, fue aprobado por la Asamblea de copropietarios y concretado con la firma del contrato de compraventa del derecho y dominio de todos los elementos necesarios e indispensables para la adquisición y funcionamiento de una antena parabólica, instalada en el Conjunto Residencial Multifamiliares La Base, suscrito el 11 de septiembre de 1996, cuya fotocopia adjunto.
>
> Lo que quiero resaltar en mi recurso, es que el sistema de parabólica en nuestro Conjunto Residencial es un bien común, acogido por la mayoría de los propietarios de los apartamentos, tan común como la piscina y zonas comunes, que contribuyen

al bienestar de la comunidad residencial y aprobado por la misma".

Por Sentencia del 14 de abril de 1997, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali revocó la providencia impugnada en cuanto había concedido la tutela, y, en su lugar, negó toda protección al actor.

A juicio del Tribunal, discrepancias como las referidas, suscitadas por la aplicación que se da al reglamento de propiedad horizontal, son del conocimiento de la justicia ordinaria civil, mediante el trámite de un proceso verbal, según lo previsto en el artículo 8 de la Ley 16 de 1985.

Así, pues, estimó que el accionante tenía a su alcance un medio de defensa judicial para la resolución de sus pretensiones, lo cual -dijo el fallo- "hace improcedente la acción de tutela, que no tiene como es sabido la virtualidad de suplantar la actividad normal del órgano jurisdiccional del Estado, ni por su conducto se puede invadir el ámbito natural de competencia de los jueces ordinarios".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar los enunciados fallos, según lo previenen los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política.

2. La libertad en relación con los servicios de televisión por suscripción. Derecho a la información y derecho a la recreación. El acceso a la cultura. Libertad en la búsqueda de los medios. Diferencias entre la contratación privada y la adquisición de antenas de uso común en desarrollo de las normas sobre propiedad horizontal

El artículo 20 de la Constitución Política garantiza a toda persona, al lado de la libertad de informar, la de recibir información veraz e imparcial.

Desde el punto de vista del contenido de las informaciones, se ha consolidado en la jurisprudencia la tesis de la **doble vía**, en cuya virtud tiene tanta importancia el derecho de quien las emite a hacerlo sin restricciones ni censura, ni bajo la imposición o el control de agentes oficiales, como el que corresponde a los sujetos pasivos de la relación informativa a recibir los datos y noticias, también sin cohibiciones externas y con las notas de veracidad e imparcialidad que el precepto superior destaca, cuya efectividad les garantiza que no serán manipulados mediante la información para los fines de quien informa sino que se les respetará, en su núcleo esencial, el propio derecho a informarse adecuadamente.

La Constitución garantiza también, en su artículo 52, el derecho de todas las personas a la recreación y al aprovechamiento del tiempo libre, el cual implica la seguridad de que al procurarse los medios de esparcimiento individual y familiar, la persona pueda escogerlos según sus gustos, tendencias y posibilidades económicas.

A los indicados propósitos, que constituyen derechos inalienables de la persona, debe sumarse la libertad de todos en lo relativo al acceso a la cultura y al conocimiento, en sus distintas manifestaciones, a los cuales se refieren los artículo 70 y 71 de la Carta.

Pero, además, como supuesto básico de la recepción de informaciones, calificada materialmente por la Constitución, y del derecho a obtener diversión a título personal y familiar, así como del acceso a la cultura y el conocimiento, la garantía de los derechos correspondientes supone la libertad individual en cuanto a la escogencia espontánea e incondicionada de los canales aptos para proporcionar los servicios orientados a esas finalidades, bien que se trate de los medios de comunicación o de la actividad de personas naturales o jurídicas especializadas en informar, recrear y propiciar el acceso a la ciencia, el arte y la cultura.

No hay verdadero derecho a la información cuando externamente se impone al receptor de la misma un determinado medio o servicio, o cuando, contra su voluntad, se le impide el acceso a alguno o algunos de ellos en particular. Ni existe tampoco un genuino ejercicio del derecho a recrearse o a incrementar la propia cultura si no hay posibilidades de opción sobre los medios que lo permitan.

Lo propio ocurre, para referirnos al caso en estudio, con el acceso a los servicios de televisión, uno de los medios más efectivos de recreación, transmisión de informaciones y expansión de los elementos culturales.

Fuera de la televisión pública, a la que por definición tienen acceso todas las personas, la libertad de empresa y el desarrollo de las telecomunicaciones, con miras a satisfacer con mayor cobertura y variedad los indicados derechos, hacen posible que los particulares ofrezcan servicios de televisión privada y modalidades de acceso técnico a canales nacionales e internacionales vía satélite, por línea física, por fibra óptica o por sistemas análogos.

Una de las formas de satisfacer la demanda en la materia, regida por la ley y regulada por la Comisión Nacional de Televisión, es la televisión por suscripción, en cuya virtud se transmiten señales destinadas a ser recibidas de manera exclusiva por quienes se afilien al concesionario legalmente autorizado y paguen las cuotas periódicas correspondientes.

Como lo establece el artículo 42 de la Ley 182 de 1995, las concesiones para la prestación de dicho servicio, independientemente de la tecnología de transmisión utilizada, son otorgadas por la Comisión Nacional de Televisión mediante procedimiento de licitación pública.

Los particulares tienen, pues, posibilidad de prestar por contrato el servicio de televisión, y, en razón de la libre competencia, el público debe gozar de diferentes opciones. No todos los concesionarios ofrecen las mismas posibilidades ni iguales contenidos, ni tampoco idéntica calidad técnica, informativa, científica o artística, ni equivalentes precios. La persona es libre de contratar con unos u otros oferentes en una economía de mercado, o de no hacerlo con ninguno.

Cuando la contratación es impuesta, en especial si se limita a determinado oferente de televisión por suscripción, resultan violentados, aparte del derecho a la información, la autonomía personal y el derecho a la intimidad del individuo y de su familia, en cuanto el servicio no querido ni buscado penetra forzosamente en el ámbito de privacidad constitucionalmente protegido.

En tal sentido se reitera lo expuesto por la Corte en sentencias T-233 del 17 de mayo de 1994 (M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz) y T-333 del 27 de julio de 1995 (M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell).

Desde luego, como en tales fallos se puso de presente, las asambleas y juntas directivas o consejos de administración de edificios y conjuntos residenciales no pueden hacer valer sus decisiones por encima o en contra de los derechos constitucionales fundamentales de los copropietarios o residentes, obligándolos a suscribir contratos individuales o colectivos con determinada firma de televisión por suscripción, ni tampoco prohibiéndoles que lo hagan. Cada uno goza de libertad para decidir si se suscribe o no a la denominada televisión por cable y para seleccionar la empresa prestadora de tales servicios que más le convenga y agrade.

Por supuesto, por tratarse de materias que desbordan el campo de las simples relaciones jurídicas emanadas de la propiedad horizontal, ubicando las controversias en el plano de la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, tiene lugar la aplicación directa de la Constitución Política de manera preferente sobre los mecanismos procesales ordinarios, y se repite que es la acción de tutela el medio judicial idóneo para obtener su protección y para que el juez imparta las respectivas órdenes mediante las cuales se reivindique la libertad de contratación de los copropietarios o residentes frente a la pretendida imposición de quienes administran el respectivo conjunto de vivienda.

No obstante, existe diferencia entre la contratación con servicios de televisión por suscripción, en la que prevalece la autonomía individual, y la adquisición que a nombre de la comunidad y a título de bienes de uso común entre los copropietarios, haga la administración de un cierto edificio o conjunto habitacional de una estación terrena de televisión (antena parabólica), para la recepción de señales incidentales de televisión con destino al disfrute comunitario de las mismas, previo cumplimiento de los requisitos legales, la autorización de la Comisión Nacional de Televisión (artículo 25 de la Ley 182 de 1995) y el acatamiento a las disposiciones señaladas en el correspondiente reglamento de propiedad horizontal.

En tales casos, la antena hace parte de las áreas comunes del edificio o complejo residencial, ya que se integra al conjunto de elementos que con el patrimonio común se adquieren para comodidad y beneficio de sus habitantes. Tan de uso común es la antena parabólica como otros bienes y servicios comunes (parqueaderos, lavandería, parque infantil, gimnasio, salón comunal, entre otros) y, por tanto, teniendo acceso a ella todas las unidades residenciales, los propietarios de éstas se hallan obligados por igual, en los términos que prevea el reglamento de propiedad horizontal y como lo disponga, en ejercicio de sus atribuciones, la respectiva asamblea de copropietarios, a su sostenimiento.

Otra cosa es que, al momento de decidir acerca de si la antena se adquiere o no, como ocurre con los demás elementos comunes, cada uno de los integrantes de la Asamblea deba tener, según las reglas generales, la oportunidad de oponerse o de apoyar tal proyecto, y la posibilidad cierta de ejercer su derecho de voto. Adoptada la determinación correspondiente por las mayorías que el reglamento contemple, los ausentes y disidentes quedan obligados por ella y, si algo tienen que alegar al respecto, en cuanto a su validez, deben acudir a los medios judiciales ordinarios.

Pero, mientras el acto de la Asamblea permanezca en vigor, en cuanto no haya sido revocado por ella misma o anulado por el juez competente, las obligaciones del copropietario, entre las cuales se encuentra el pago de las cuotas ordinarias o extraordinarias que se hayan fijado, deben ser cumplidas, bajo el apremio de las sanciones que, según sus facultades, pueda imponer la administración.

Queda a salvo desde luego, la libertad de cada copropietario de contratar o no servicios adicionales de televisión privada por suscripción, sin que en ello puedan interferir la asamblea ni la junta administradora, según lo dicho.

En el caso concreto, está probado que la situación del accionante no es la de alguien forzado a recibir la señal enviada por una cierta compañía de televisión por suscripción, como sí acaeció en los procesos resueltos por la Corte mediante sentencias T-233 de 1994 y T-333 de 1995, sino que se niega a cumplir obligaciones derivadas de su condición de copropietario, no tanto en defensa de su libertad de información o de sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, en tales eventos tutelados, sino como una expresión de su desacuerdo tardío con decisiones mayoritarias, adoptadas por la Asamblea en el campo de la administración y manejo de bienes y servicios comunes.

Tanto es así que el actor incluye dentro de sus pretensiones, canalizadas por la vía de la tutela, la de que se lo excluya del cobro de una cuota extraordinaria de veinte mil pesos, destinada al fondo de reserva, además de los mil pesos previstos para el sostenimiento de la estación terrena de recepción de señales incidentales de televisión adquirida por el conjunto residencial.

Se confirmará el fallo de segunda instancia, que deniega la tutela.

DECISION

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMASE la Sentencia proferida por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 14 de abril de 1997, por medio de la cual se revocó la decisión de primera instancia, que había concedido la tutela

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.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

SENTENCIA No. SU-480
septiembre 25 de 1997

SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-
Sistemas normativo integrado

La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo.Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.

DERECHOS A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Efectividad y protección

El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela.

ESTADO-Obligación de prestar plan de atención básica en salud/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-**Prestación Plan obligatorio de salud

El Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, espe-

cialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Delegación para prestación del servicio público de salud/**SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-**Recaudación le pertenece

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud.

RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Equilibrio financiero del contrato

En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recursos tienen el carácter parafiscal/**ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-**Recursos parafiscales no constituyen patrimonio

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.Las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado.Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y

tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reconocimiento de UPC

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Preceptos relativos al funcionamiento del fondo subcuenta de solidaridad deben obedecerse

Para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir las funciones previstas en adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD.En 1997, según la ley 344 de 1996, se disminuyó dicha contribución a medio punto y pese a la disminución, tampoco se ha efectuado el aporte. Estos omisiones afectan TODO el sistema porque:-Los usuarios no reciben trato adecuado-Los médicos y las IPS no reciben cumplidamente lo que se les adeuda -Los médicos no reciben honorarios justos.-Eso deviene en trato injusto para las EPS porque a ellas sí se les exige que cumplan, mientras el propio Estado incumple. Los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-
Deber de suministrar tratamiento y medicamentos a enfermos de sida

Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario.En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud.Ha sido reiterada la jurisprudencia que ordena que se suministre a los enfermos del sida los antiretrovirales que el médico tratante indique. Y, en general, cuando está de por medio la vida, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado. Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Suministro de medicamentos señalado por médico tratante aunque no figure en la lista

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y

cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente.Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar.

RELACION DEL PACIENTE CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-
Obligación de entregar medicinas aunque no esté en listado oficial señalado por médico facultativo/**DERECHO A LA VIDA**-Suministro de medicamentos no contenido en listado oficial **E.P.S.**

La relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS ***debe dar.*** *Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esencial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale* ***aunque no esté en el listado.*** *Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.*

EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-
Repetición contra el Estado por medicamentos que no figuran en el listado

Como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, de la ley 100 de 1993 la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de "promoción de la salud". Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-
Retardo en cotizaciones por empleador

Las EPS prestan el servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios que coticen, respetándose las reglas de períodos mínimos de cotización. Como se trata de un servicio público, adquiere particular relevancia el principio de la continuidad. Pueden surgir problemas cuando, generalmente por culpa patronal, hay retardo en las cotizaciones por un tiempo que no sobrepasa los seis meses (evento en el cual se pierde la antigüedad), en tal situación no se puede decir que el usuario queda retirado del servicio. La EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora. Se aclara que cuando la mora es culpa de un trabajador independiente que directamente cotiza, éste pierde derecho a la atención durante la mora, salvo que esté dentro de los parámetros del régimen subsidiado.

ENFERMEDADES CATASTROFICAS-
Autonomía del enfermo para aceptar medicamentos

Previo consentimiento informado, si en enfermedades catastróficas como el sida, o en otras, siempre y cuando esté de por medio la vida, se recetan medicamentos esenciales, genéricos a menos que solo existan de marca registrada, el enfermo es autónomo para aceptarlos o no, y si los acepta, tiene derecho a la entrega de la droga por la EPS, con la condición de que sea recetada por el médico tratante.

GRUPOS DE AUTOAPOYO-Tratamiento del sida

Referencia: Expedientes T-119714, T-120933, T-124414, T-123145, T-120042, T-123132, T-122891.

Accionantes: N.N.

Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Y otros despachos.

Temas:

El Derecho a la vida y a la salud
Sistema general de seguridad social en salud (preexistencias, medicamentos, EPS)
Equilibrio financiero entre las prestaciones de la seguridad social de salud
Relaciones médico-paciente-EPS
Relación entre el Estado y las entidades y personas encargadas de la seguridad social.
Ingreso al sistema
Parafiscalidad de las contribuciones al sistema de salud.

Magistrado Ponente: Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Antonio Barrera

Carbonell e integrada por Jorge Arango Mejía, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de las tutelas T-1119714, 120933, 124414, 123145, 120042, 123132, 122891 instauradas por enfermos del SIDA, la primera contra la entidad promotora "Salud Colmena" y las demás contra el Instituto de Seguros Sociales.

La Sala de Selección decidió acumular los expedientes T-123145, T-120042, T-120933, T-123145, T-124414 y T-122891 al expediente T-119714, por cuanto los expedientes presentan una coincidencia en los hechos narrados y el derecho principal cuya protección se busca con la presentación de las acciones de tutela. Se definió por la Sala Plena que el pronunciamiento se tomaría en Sala de Unificación.

Se mantendrán en reserva los nombres de los solicitantes, por solicitud de ellos y haber razón para hacerlo.

I.- ANTECEDENTES

1.1.1. Quienes dirigen la acción contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, T-124414, T-120042, T-122891, T-120933, T-123145, 123132, centran su petición en el suministro de inhibidores de proteasa , en la cantidad y periodicidad que se requiera, ya que sirven para mejorar la calidad de vida, la cantidad de vida, la capacidad biológica. Se afirma en algunas de las solicitudes que "el médico tratante dijo que era necesario que comenzara el tratamiento con inhibidores de proteasa"; sin embargo, en la T-122891 no hay constancia de ello (la tutela no prosperó); en la T-123132 hay constancia de que NO se recetó, pero la tutela prosperó; en la T- 124414, que tampoco prosperó, no hubo receta, ni la paciente a nombre de ella y su pequeño hijo acudieron al ISS demandando los antiretrovirales, por eso dice el coordinador del programa FTS/VHI/SIDA de la clínica San Pedro Claver, "no aparece ordenado por el médico tratante inhibidores de proteasa"; en la T-123145, tampoco los ordenó el médico y la tutela no prosperó. Pero, por el contrario, hay constancia en otros expedientes de que el médico tratante si los ordenó: en la T-120933, por eso la tutela prosperó en primera instancia, sentencia del 22 de noviembre de 1996 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pero no en segunda instancia. En la T-120042 también prosperó.

1.1.2. En algunas de esas tutelas, se pide que el Director de la clínica San Pedro Claver permita que en uno de los auditorios continúen efectuándose las sesiones a las cuales asistían los solicitantes y que fueron suspendidas por determinación interna del hospital.

En efecto, un grupo de portadores del virus y sus familiares, conformaron el grupo llamado Club de la Alegría, que desde hace unos años venía reuniéndose en un auditorio de la Clínica San Pedro Claver, con el propósito de intercambiar conocimientos, experiencias, fijar pautas para cómo vivir mejor y contribuir a mitigar el impacto de la enfermedad. Por esta especie de terapia de grupo, el club llegó a contar con 150 personas. Ocurre que se obstaculizó y luego se prohibió que se hiciera uso de las dependencias de la clínica para las reuniones. A partir de esta situación, el grupo se ha venido desintegrando, dada la dificultad para hallar otro sitio de reunión, lo cual afecta, según los solicitantes, su derecho de asociación y una faceta muy importante para superar la enfermedad : terapia a través de la comunicación. Dice uno de los afectados, que la prohibición se debió a que recibieron una conferencia de alguien vinculado con laboratorios ABBOT, quien les había hablado de algún medicamento y que "*en el Seguro Social creían que personas de dicho laboratorio nos estaban impulsando a colocar las tutelas exigiendo los inhibidores de proteasa*". En respaldo de la anterior petición aparece un concepto del Ministerio de Salud, programa nacional de prevención y control de las enfermedades de transmisión sexual y sida, según el cual "*Los grupos de autoapoyo han tenido vital importancia dentro de lo que se considera la estrategia mundial contra el sida*".

1.2. A su vez, un usuario de Salud Colmena, en la T-119714, inició la acción pidiendo que se le dieran los antiretrovirales indicados por el médico tratantante (zidovudina y zalcitavina). En el capítulo de declaraciones habla de otros remedios, pero centró la acción en lo necesario que es para su salud que se le entreguen aquellos medicamentos, no aportados por la E. P. S. Según el Director nacional de servicios médicos suplementarios de Salud Colmena, esos dos antiretrovirales no figuran (hoy ya figuran) en el listado de medicamentos esenciales y terapéuticos del plan obligatorio de salud, según el decreto 1938 de 5 de agosto de 1994. Esta respuesta, dirigida al usuario, tiene fecha 4 de octubre de 1996.

El problema práctico radica, pues, en la negativa a dar dichos medicamentos por no aparecer en el manual autorizado por el Ministerio de Salud, lo cual afecta, en sentir del accionante, el derecho a la vida, a la igualdad y a la dignidad.

Por su parte, Salud Colmena, entre muchos argumentos, resalta que la prestación de los servicios de seguridad social en salud, en materia de cobertura, condiciones y eficiencia, depende de las políticas globales del Estado fijadas en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y si hay medicamentos que no están incluidos en dicho plan, la tutela no ha debido dirigirse contra los entes administradores sino contra los entes gubernamentales.

Antes que todo, es necesario aclarar que en el Acuerdo 53 del 13 de febrero de 1997, el Ministerio de Salud incluyó nuevos medicamentos en el listado para el tratamiento de la infección por VIH-SIDA : didanosina, indinavir, lamivudina, pentamidina, ritonavir, trimetoprim, zidovudina. Entre ellos están el ritonavir y el indinavir, que según se ha indicado a la Corte son dos inhibidores de proteasa; y la zidovudina que es uno de los dos antire-

trovirales señalados expresamente en la solicitud de tutela contra COLMENA.

DETERMINACIONES JUDICIALES

Diferentes posiciones asumieron los jueces de tutela, tanto en primera como en segunda instancia, respecto a las acciones individualmente consideradas.

2. El caso contra Salud Colmena

2.1 En lo que tiene que ver con la tutela interpuesta contra SALUD COLMENA, el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Civil, profirió decisión el 29 de octubre de 1996 concediendo la tutela y ordenándole a la EPS el suministro al paciente de "los antiretrovirales y demás medicamentos que para el tratamiento de su enfermedad le han sido prescritos por el médico tratante de esa entidad".

Impugnó el fallo el Presidente de Salud Colmena EPS, quien reconoce que se debe proteger al paciente, pero plantea que el costo de medicamentos que no figuren en el listado oficial debe ser cubiertos por el Estado y no por la EPS, en virtud de la buena fé. Y que de todas maneras, a dicha entidad particular le asiste:

"el derecho para repetir contra el Estado por el costo de los medicamentos que eventulamente deberá seguir suministrando al accionante".

2.2.1 La Corte Suprema de Justicia, el 12 de diciembre de 1996, modificó en parte el fallo, porque si bién es cierto confirmó la protección que se le debe dar al paciente, suministrándosele por Salud Colmena los medicamentos indicados, adicionó con el derecho de parte de Colmena "a los reembolsos económicos correspondientes por ese suministro, reembolsos que efectuará el Estado -Ministerio de Salud- a través del Fondo correspondiente, dentro del término de 45 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente".

2.2.2. No obstante que lo decidido era una respuesta favorable al reembolso económico planteado por la EPS, y que en escrito dirigido a la Corte Constitucional por el presidente de SALUD COLMENA se pide la confirmación del fallo de la Corte Suprema de Justicia, en otros escritos se pone en tela de juicio la inclusión que se hizo en 1997 de otros medicamentos en el listado del Plan Obligatorio de Salud y se objeta una sentencia de la Corte Suprema, que no es objeto de la presente revisión.

3. En cuanto a las tutelas dirigidas contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

Ninguno de los fallos protegió el derecho de asociación y el libre desarrollo de la personalidad, respecto a la continuidad de las reuniones del Club de la Alegría en auditorios de la Clínica San Pedro Claver.

Pero, respecto a la entrega de medicamentos, según ya se dijó, las posiciones judiciales son disímiles :

3.1. No se concedió la tutela :

T- 124414. Sentencia de primera instancia del 26 de noviembre de 1996, Juzgado 12 de Familia de Santafé de Bogotá, no concede la tutela; decisión de segunda instancia, del 10 de febrero del presente año, de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, confirma la anterior.

T-122891. Sentencia de primera instancia de 22 de noviembre de 1996, Juzgado 40 Civil Municipal no prospera la acción; decisión de segunda instancia del 22 de enero del presente año del Juzgado 24 Civil del Circuito de Santafé de Bogotá, confirmando.

T-123145. Sentencia de primera instancia de 20 de noviembre de 1996, de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá que no concedió; decisión de segunda instancia, de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 24 de enero del presenta año, que confirmó, aunque hizo esta salvedad en la parte motiva :

"La Corte encuentra que sería razonable revocar el fallo y conceder la tutela para que el accionado procediera a hacer una evaluación científica, con participación del médico tratante, a efectos de determinar la viabilidad de continuar el tratamiento con los inhibidores de proteasa. Empero, la providencia impugnada se sostendrá en atención a que ISS procedió a la prescripción y suministro de los medicamentos aludidos, tal como se deduce de la copia informal alegada en el curso de la impugnación, desapareciendo así los motivos que originaron esta queja".

3.2. Se concedió la tutela :

T-120042. Se le ordenó al ISS que "previos los exámenes de salud requeridos por la ciencia y la técnica médica, a suministrar al paciente-accionante los inhibidores de proteasa requeridos dada su condición de salud actual y salvo concepto médico justificable y contrario del médico tratante", fallo de 29 de noviembre de 1996 de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

T-123132. El 18 de noviembre de 1996, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil, ordenó que "se practique el examen de carga viral, pruebas de función hepática y renal, a efectos de determinar si procede o no la administración de inhibidores de proteasa, en la cantidad y periodicidad que determine el médico tratante". La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, el 24 de enero de 1997, confirmó.

3.3. Concedida en primera instancia pero no en segunda instancia

T-120933. El 22 de noviembre de 1996, la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordenó "suministrar al accionante la integridad del tratamiento prescrito para combatir el virus del VIH/SIDA que lo afecta". Pero, en segunda instancia fue REVOCADA por el Consejo de Estado, el 13 de diciembre de 1996.

4. Impacto económico del medicamento recetado pero que no figura en lista

El **quid** planteado por las entidades prestatarias del servicio no es si se suministra o no el medicamento que recete el médico (cuestión que ha sido aceptada por la EPS cuando el usuario se encuentra al día en sus pagos y está de por medio la vida), el tema central es **quién debe financiar** los medicamentos relacionados con enfermedades catastróficas, como el sida, cuando dichos medicamentos no se encuentran en los listados aprobados por el gobierno.

Lo que se plantea, en últimas, es si el deber constitucional del Estado puede quedar suplido por la vía de la autofinanciación de las EPS, o si, por el contrario, dado que hay unas EPS que **compensan**, es decir, que buena parte de lo que reciben del usuario (todo lo que sobrepase mensualmente a las $14.582,oo por afiliado y $14.582,oo adicionales por cada beneficiario), va directamente al Fondo de Solidaridad y Garantía, y, entonces, esas EPS podrían exigir el reembolso de los medicamentos entregados al paciente y que no aparecen en el listado, en cuyo caso el Consejo de Seguridad Nacional a través de la **Subcuenta de compensación** cubriría el reembolso, o, a falta de recursos de la subcuenta se haría por el rubro permitido en los presupuestos nacionales de "pago de sentencias", mientras el Consejo Nacional de Seguridad Social autoriza los traslados presupuestales correspondientes.

Se alega por esas EPS que, como ellas compensan al citado Fondo, no estarían obligadas a entregar medicamentos que no figuran en lista, por fórmulas de médicos que generalmente no expresan las razones científicas para recetar la droga excluida del listado, en un instante en que, según las EPS, el sistema de salud entra en crisis porque los presupuestos macroeconómicos sobre los que se soportaba la autofinanciación se derrumbaron (aumentó el desempleo, es bajo el crecimiento de salarios, hay evasión en las cotizaciones, y, especialmente, el desequilibrio entre los costos por la inflación y el crecimiento de la UPC es palpable). La existencia de la crisis llevó al Presidente del gremio ACEMI, a hacer el llamado que aparece en el expediente:

"Debemos lograr que todos asuman su verdadera responsabilidad: ***los usuarios,*** *para que cancelen las prestaciones y medicamentos no incluidos en el POS, siempre que tengan capacidad de pago para ello, igualmente para que no evada;* ***los médicos*** *para que en forma racional receten dentro del POS y solo por razones científicas comprobadas lo hagan por fuera del POS y en tal caso realicen la gestión ética ante el Consejo Nacional de Seguridad, para que si es del caso se modifique bien el listado de medicamentos o bien el listado de procedimientos y se busque la financiación;* ***las EPS*** *para que en definitiva, aunque un medicamento o procedimiento no esté dentro del POS lo suministren si está de por medio la vida del paciente con el consecuente derecho al reembolso;* ***de las EPS públicas,*** *como el ISS, para que compensen;* ***de las IPS*** *públicas para que acaten la disposición del Gobierno en materia de tarifas;* ***el Estado*** *para que si el usuario no tiene capacidad de pago y está en mora o está al día pero el medicamento o el procedimiento no está contemplado en los decretos respectivos que limitan el Plan, efectúe el reembolso en respeto a unas claras reglas de juego a sabiendas de que legalmente el Fondo de*

Solidaridad tiene capacidad legal con autorización del Consejo para hacer estos pagos."

El tema del desequilibrio del sistema y el alto costo del tratamiento del SIDA está patente en el expediente y dentro de los numerosos elementos de juicio vale la pena destacar:

4.1. Cálculo de costo del tratamiento de antiretrovirales según el Ministerio de Salud

"En el contexto mundial se vienen desarrollando investigaciones aceleradas en relación al tratamiento del paciente infectado con el virus de la inmunodeficiencia humana adquirida (HIV +), desde hace algún tiempo se dispone en el mercado de los medicamentos antiretrovirales inhibidores de transcriptasas y de proteasa que en diversos estudios han demostrado un efecto terapéutico disminuyendo la carga viral del paciente con SIDA, habiéndose encontrado una relación directa entre esta carga viral y la presentación de sintomatología relacionada con la enfermedad. Este efecto presenta desde el punto de vista medico un gran desarrollo para el paciente ya que disminuye la progresión de la enfermedad y mejora su calidad de vida.

Según el archivo maestro de información del Ministerio de Salud, en Colombia se encontraba una prevalencia de la enfermedad de al rededor de 17.000 pacientes para el año de 1996 entre infectados (HIV+) asintomáticos y pacientes con el síndrome de (SIDA) como tal. La mortalidad atribuible durante el año de 1996 es de 3.000 pacientes y se espera que para el presente año se diagnostiquen alrededor de 1.000 pacientes más lo que nos daría un total de 15.000 pacientes con HIV+/SIDA para toda la población colombiana (37.407.188 de habitantes).

*" **Costo promedio de tratamiento***

Para calcular una demanda y el costo promedio del tratamiento con antiretrovirales a los pacientes infectados con el virus VIH en el Régimen Contributivo, se partió de los supuestos siguientes:

a) *El protocolo de tratamiento a usar es el recomendado por los expertos reunidos en el taller convocado por el Ministerio de Salud, programa nacional de prevención y control de ETS-SIDA en Octubre 2 de 1996. Dicho protocolo contiene tres medicamentos en todos los esquemas: Dos inhibidores de la Transcriptasa y un inhibidor de la Proteasa.* ***Por consiguiente se adopta que el esquema tipo o esquema básico es el de un triconjugado para todos los pacientes infectados por VIH, sintomáticos y asintomáticos.***

b) *La Comisión Técnica Asesora de Medicamentos, en sesión del 23 de enero de 1997 recomendó la inclusión de antiretrovirales en el listado de medicamentos del POS a saber: Como inhibidores de Transcriptasa a la Zidovudina, La Didanosina y la Lamivudina y como inhibidores de Proteasa al Indinavir y al Ritonavir, con los cuales se pueden construir hasta seis opciones de tratamiento triconjugado, siendo*

la más recomendada por el programa SIDA la combinación de Zidovudina, Lamivudina e Indinavir.

c) *En vista de la existencia de cuatro o más fuentes de información respecto a los precios de estos medicamentos se construyó escenarios con tres de ellas: la Asociación Colombiana de Enfermos de Cáncer (ACEC), el ISS y el Fondo Nacional de Medicamentos de Alto Impacto Social. Un cuarto escenario se proyectó con los precios mas bajos del mercado combinando la información de las fuentes aludidas.*

PROTOCOLO	ALTERNATIVA DE COSTO			
	ACEC	ISS	Fondo Nacional	Combinación
	No se conoce el dto.	Con dto. comercial	No se conoce el dto.	Varias fuentes
TRICONJUGADO/Mes	784.000	740.000	673.500	603.800
TRICONJUGADO/año	9.408.000	8.884.800	8.082.000	7.245.600

" ***Costo promedio percápita***

a) *Para el cálculo del costo percápita se construyó un escenario par la población total de afiliados al régimen Contributivo, de acuerdo con la información suministrada por el Programa Nacional de Prevención y Control de ETS-SIDA, el Programa SIDA del ISS y los datos de afiliación del Régimen Contributivo reportados al Ministerio de Salud - Subdirección del EPS.*

b) *Seguidamente se diseñó un escenario con el costo de la hospitalización de los pacientes que desarrollaron SIDA, utilizando datos ISS -Seccional Valle, que reporta en promedio dos (2) hospitalizaciones al año por paciente con SIDA y a un costo estimado promedio por hospitalización de $8.500.000,oo para el año de 1996 y que en el presente análisis se ajusto en el 21% para el año de 1997.*

c) *Finalmente se calcula el costo per cápita del tratamiento con antiretrovirales usando el menor costo /año usando los diferentes precios del mercado con sus respectivos descuentos a escala.*

d) *Al comparar los costos percápita de los cuadros III (tres) y IV (cuatro) encontramos una diferencia entre los costos de hospitalización y los costos del tratamiento anti-retroviral siendo estos últimos inferiores a los primeros en $1.175.95.*

"Demanda efectiva de pacientes HIV (+) en el régimen contributivo 1997. (Cuadro II)

	TOTAL COLOMBIA	EPSs	ISS	TOTAL CONTRIBUTIVO
POBLACION	37,600,000	3,671,759	9.319,654	12,991,413
HIV (+) REGISTRADOS	15,439	1,508	4,877	6,385
HIV (+) SINTOMATICOS	7.546	737	2,975	3,712

"Costo del tratamiento hospitalario en el régimen contributivo 1997 (Cuadro III)

SINTOMATICOS (SIDA)	N° pacientes	Costo por hospitalización	Total Costo/año	Costo Percápita
ISS	2,975	$10,341,937	61,534,527,551	$6,602.66
OTRAS EPS	737	$10,341,937	15,241,756,687	$4,151,08
TOTAL	3,712		76,776,284,239	$5,909.77

"Costo del tratamiento anti-retroviral en el régimen contributivo 1997 (Cuadro IV)

PACIENTES HIV (+)	N° pacientes	Costo anual/paciente	Total Costo/año	Costo Percápita
ISS	4,877	7,245,600	35,336,791,200	$ 3,791,64
OTRAS EPS	1,508	7,245,600	10,923,953,557	$2,975,13
TOTAL	6,385	7,245,600	46,260,744,757	$4,560,87

"Conclusiones

El uso de los antiretrovirales en el tratamiento del VIH/SIDA está claramente reconocido por los expertos tal como se puede verificar en la bibliografía actualizada sobre el tema, pues disminuye la progresión desde el punto de vista clínico.

Disminuye la carga viral, lo cual se relaciona directamente con la aparición de los síntomas, la aparición de las complicaciones y de la sintomatología que hacen parte integral del síndrome como tal.

Mejora la calidad de vida de los infectados."

4.2. Explicación del Ministerio de Salud sobre financiación

Para el aspecto operativo de financiación de los medicamentos que no aparecen en listado, la Ministro Salud hizo esta aclaración:

"... no pueden ser financiados con cargo a los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía, pues cada una de las subcuenta tiene por ley una destinación especial, de la siguiente manera:

Subcuenta de Solidaridad. Los recursos de esta subcuenta tienen por objeto permitir la afiliación de la población pobre y vulnera al régimen subsidiado del sistema de seguridad social en salud, a través de la cofinanciación de los subsidios correspondientes (UPC).

La subcuenta de promoción tiene por objeto financiar las actividades de educación, información y fomento de la salud y de prevención secundaria y terciaria de la enfermedad, de acuerdo con las prioridades que al efecto defina el Consejo Nacional de Seguridad en Salud.

La subcuenta de compensación tiene por objeto permitir la operación de la compensación en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad en Salud. Se entiende por operación de compensación el procedimiento mediante el cual se descuenta de las cotizaciones recaudadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, los recursos que el sistema reconoce a las entidades promotoras de salud para garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados y además beneficiarios del sistema.

La subcuenta de seguros de riesgos catastróficos y accidentales de tránsito tiene como objeto garantizar la atención integral a las víctimas que han sufrido daño en su integridad física como consecuencia directa de ***accidentes de tránsito, eventos terroristas y catastróficos.*** *Se destaca que estos eventos catastróficos no incluyen las enfermedades de alto costo o catastróficas. En consecuencia, no pueden destinarse recursos del Fondo para atacar la sentencia en mención.*

No sobra recordar que tanto los recursos destinados a la seguridad social como en general, los recursos destinados a financiar la salud como servicio público a cargo del Estado son limitados. El destinar una buena parte de ellos a sufragar los gastos de una sola persona conlleva a la violación de los artículos 11, 13 y 49 de la Constitución Política, porque va en detrimento de la colectividad. Los recursos se verían rápidamente agotados en la cobertura de un mínimo de afiliados, con lo cual no se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Por todo lo anterior, ratificamos que las Empresas Promotoras de Salud, están obligadas a prestar atención a sus afiliados y a garantizar el tratamiento, lo que incluye los medicamentos que el paciente requiera, cuyo costo debe ser asumido ***a través del reaseguro*** *que deben adquirir las EPS con la parte de la UPC correspondiente, que es la que garantiza la cobertura del riesgo económico derivado de la atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo." (subrayas fuera de texto).*

Además, el Ministerio de Salud presentó numerosas razones para justificar la adición al listado de remedios hecho en febrero de 1997.

4.3. Explicación del Ministerio de Hacienda

A su vez, el Ministerio de Hacienda, en comunicación dirigida a la Corte dice que existen tres elementos que determinan el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

"Contenidos del Plan Obligatorio de Salud. Este plan garantiza a los afiliados al sistema un paquete integral de servicios (promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y medicamentos, aceptados por la ciencia médica a nivel mundial, que cumplan con los criterios de eficacia comprobada para resolver o mejorar las condiciones generadas por la enfermedad y de seguridad para no colocar en peligro la vida y la integridad de los pacientes).

Este plan responde a todos los problemas de salud sin ningún tipo de discriminaciones por edad ni género y respeta los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad exigidos por la Constitución Política y desarrollados por la Ley 100 de 1993.

Es bueno aclarar que si bien con estos contenidos se responde a todos los problemas de salud, existen limitantes de tipo legal y financiero, que hicieron necesario la selección de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que conjugan elementos de mayor eficacia y menor costo para el conjunto de la población. De esta manera se garantiza, con unos recursos limitados, el acceso de la totalidad de la población afiliada, a los servicios de salud.

El Plan Obligatorio tiene entonces restricciones, pues los recursos del sistema no son ilimitados y debe garantizarse el principio de equidad, que permite a todas las personas acceder a los mismos servicios, independientes de su capacidad de pago.

Unidad de Pago por Capitación. UPC es el valor que reconoce el sistema por cada afiliado a manera de prima de aseguramiento, es diferencial y varía de acuerdo con la edad. El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definió en los acuerdos un promedio nacional, sobre el cual se realiza el incremento anual. Esto implica que el valor ponderado variará para cada EPS dependiendo de las edades de su población afiliada.

En un comienzo esta UPC fue estimada sobre supuestos de estructura de edades de la población afiliada, pero fue ajustada por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud en 1997 (después de dos años de funcionamiento del sistema), con base en información real sobre la estructura de la población actualmente afiliada. La UPC que se reconoce por cada persona afiliada, sumada a los copagos deben financiar el plan Obligatorio de Salud de los afiliados al Sistema. Este equilibrio debe mantenerse al interior de cada EPS.

Tarifas que cobran las instituciones prestadoras de servicios de salud por la atención del POS, tema del cual se habló anteriormente.

A manera de conclusión es importante llamar la atención sobre el hecho de que no solamente las tarifas tiene impacto sobre el costo del POS, éste se ve influenciado por la definición de contenidos. La búsqueda de nuevas tecnologías, el surgimiento de medicamentos de reconocida y comprobada eficacia y el comportamiento de la demanda de servicios que realicen los afiliados, afectan de todas maneras el costo del POS, y deben ser tenidos en cuenta para no ir a romper el equilibrio financiero del Sistema actual, ni la sostenibilidad del mismo en el mediano y largo plazo.

4.4. Opinión de la EPS

El criterio aparece en numerosos escritos que obran en el expediente. Es digno de resaltar lo que se dice sobre la adecuación de la UPC:

"2° El aumento de la UPC en el sector salud, respondió a la simple aplicación del artículo 172 parágrafo segundo de la Ley 100 de 1993 a cuyo tenor: ***"El valor de pagos compartidos y de la Unidad de Pago por Capitación UPC, serán revisados por lo menos una vez al año, antes de iniciar la siguiente vigencia fiscal. En caso que no se haya revisado la UPC al comenzar el año, ésta se ajustará en forma automática en una proporción igual al incremento porcentual del salario mínimo aprobado por el Gobierno Nacional del año inmediatamente anterior".***

Como es de esa Corporación conocido, el incremento del salario mínimo para el año 1997 fue del 21.02. En este sentido y considerando que la UPC no fue revisada durante el año 1996 se llegó a la aplicación forzosa y automática de la ley 100 en el artículo referido, vale decir incrementar la UPC en el mismo porcentaje en que se incrementó el salario mínimo para el año 1997. Este procedimiento es LA SEGUNDA VEZ QUE SE SURTE ANTE LA MISMA HIPOTESIS DE REVISION DE LA UPC en el año que corresponde."

En opinión de la EPS, no se ha mantenido el equilibrio del sistema.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

A. Competencia

Es competente esta Sala Plena de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de las acciones 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 dichas acciones practicó la Sala correspondiente, del reparto que se verificó en la forma señalada por el reglamento de esta Corporación y de la determinación de proferir sentencia de unificación.

B. Temas principales a tratar

Para definir los puntos específicos que motivaron la presentación de las tutelas (si se pueden recetar o no medicamentos que no figuran en el listado oficial y, en el evento de

hacerse, si las EPS pueden posteriormente repetir contra el Estado), es indispensable hacer una somera descripción, informativa y global sobre la situación jurídica del derecho a la salud en Colombia, dentro del contexto de un Estado social de derecho; ello obliga a describir los rasgos de nuestro sistema de seguridad social, los derechos y obligaciones que de él surgen. Luego se analizará la relación que debe existir entre el Estado y las entidades de la seguridad social en salud, entre el paciente y el Estado entre el paciente y el médico y entre el paciente y la EPS. En otro capítulo se recordará la jurisprudencia constitucional que protege al paciente en general, y, especialmente a ese paciente de sida a quien el propio médico de la EPS le receta antiretrovirales, que no figuran o no figuraban en listas proferidas por el Ministerio de Salud. Y, al final se verá si los obstáculos puestos en la clínica de los Seguros a las reuniones de los grupos de autoapoyo de enfermos del sida alcanzan a ser violatorios o no de derechos fundamentales.

1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La realización del servicio público de la Seguridad Social (art. 48) tiene como sustento un sistema normativo integrado no solamente por los artículos 48, 49, 11, 366 de la Constitución sino también por el conjunto de reglas en cuanto no sean contrarias a la Carta. Todas esas normas contribuyen a la realización del derecho prestacional como status activo del Estado. Es decir, el derecho abstracto se concreta con reglas y con procedimientos prácticos que lo tornan efectivo.

Lo anterior significa que si se parte de la base de que la seguridad social se ubica dentro de los principios constitucionales de la igualdad material y el Estado social de derecho, se entiende que las reglas expresadas en leyes, decretos, resoluciones y acuerdos no están para restringir el derecho (salvo que limitaciones legales no afecten el núcleo esencial del derecho), sino para el desarrollo normativo orientado hacia la optimización del mismo, a fin de que esos derechos constitucionales sean eficientes en gran medida. Es por ello que, para dar la orden con la cual finaliza toda acción de tutela que tenga que ver con la salud es indispensable tener en cuenta esas reglas normativas que el legislador desarrolló en la Ley 100/93, libro II (art. 152 s.)[1] y en los decretos, resoluciones y acuerdos pertinentes. Lo importante es visualizar que la unidad de los principios y las reglas globalizan e informan el sistema y esto debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela.

2. CUANDO LA SALUD ES DERECHO FUNDAMENTAL

Según la jurisprudencia, el derecho a la salud es tutelable en su condición de derecho derivado de la vida[2]. No es un Derecho fundamental autónomo. Frente a ese derecho, surge, en principio, el correlativo deber del Estado de "organizar, dirigir y reglamentar la presta-

---

1 La Ley 100/93, se desarrolló, hasta la fecha mediante 218 decretos reglamentarios, 20 resoluciones, 59 acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en salud; y se integra, además, con el Acto Legislativo Nº1 de 1995 (que adiciona el artículo 357 de la C.P.), con la Ley 269 de 1996 (que regula el artículo 128 de la C.P:, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público); con la ley 344 de 1991 sobre racionalidad del gasto. Y la Ley 10 de 1990.

2 Ver sentencia Nº T-271/95, M P: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

ción de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad" (art. 49 C.P.) Estos tres principios también están reseñados en el artículo 48 de la Constitución que establece el mecanismo instrumental para que el derecho a la salud sea una realidad, ese instrumento es la SEGURIDAD SOCIAL como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable para todos los habitantes de Colombia[3].

Consecuencialmente, la seguridad social se torna derecho fundamental, cuando se trata de proteger la vida en razón de que existen para las personas los DERECHOS A ALGO y dentro de éstos se ubica el derecho a la seguridad social, porque ello contribuye a defender la vida, de ahí que pertenezca a los llamados DERECHOS PRESTACIONALES.

"El derecho social a la salud y a la seguridad social, lo mismo que los demás derechos sociales, económicos y culturales, se traducen en prestaciones a cargo del Estado, que asume como función suya el encargo de procurar las condiciones materiales sin las cuales el disfrute real tanto de la vida como de la libertad resultan utópicos o su consagración puramente retórica. No obstante la afinidad sustancial y teleológica que estos derechos mantienen con la vida y la libertad - como que a través suyo la Constitución apoya, complementa y prosigue su función de salvaguardar en el máximo grado tales valores superiores -, las exigencias que de ellos surgen no pueden cumplirse al margen del proceso democrático y económico.[4]"

Es decir, el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela.

La Corte Constitucional[5], al tratar este tema señaló las premisas del servicio público de seguridad social en salud:

"Los objetivos del sistema de seguridad social en salud se concretan en la necesidad de regular la prestación de este servicio público esencial, creando las condiciones para su acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención (L.100/93, art. 152).

Estos propósitos responden a los planteamientos programáticos formulados por el Constituyente de 1991, en cuanto consagran la responsabilidad del Estado en la atención de la salud como un derecho irrenunciable a la seguridad social en su condición de servicio público de carácter obligatorio (art. 49)".

---

3 Los tres principios son más bien características del sistema.
4 SU- 111/97, M P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.
5 Sentencia T-114/97, M P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Debe haber, pues, una correlación entre el derecho constitucional y la obligación del Estado para prestarlo.

3. OBLIGACION DEL ESTADO

La Ley 100 de 1993, artículo 154, señala que una de las facetas de la intervención del Estado es la de establecer **la atención básica** en salud, que se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria disposición que se compagina con aquella parte del artículo 49 de la Constitución que dice: "La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria". Para ello se fijan en el artículo 156 de la ley las características básicas del sistema y el artículo 165 ibídem precisa el concepto así:

*"**Artículo 165. Atención Básica.** El Ministerio de Salud definirá un plan de atención básica que complemente las acciones previstas en el Plano Obligatorio de Salud de esta Ley y las acciones de saneamiento ambiental. Este plan estará constituido por aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasiación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria.*

La prestación del plan de atención será gratuita y obligatoria. La financiación de este plan será garantizada por recursos fiscales del Gobierno Nacional, complementada con recursos de los entes territoriales." (subrayas fuera de texto).

4. TRASLADO DE LA OBLIGACION A LOS PARTICULARES

Dentro de la organización del sistema general de seguridad social en salud, la Constitución, artículos 48 y 49, y la ley 100 de 1993, permiten la existencia de las Entidades Promotoras de salud, de carácter privado, que prestan el servicio según delegación que el Estado hace.

*"**Artículo 177. Ley 100. Definición.** Las Entidades Promotoras de Salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de Solidaridad y Garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente Ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes Unidades de Pago por Capitalización al Fondo de Solidaridad y Garantía, de que trata el Título III de la presente Ley."*

Y el artículo 179 establece:

*"**Artículo 179. Campo de acción de las entidades promotoras de salud.** Para garan-*

tizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las entidades promotoras de salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales. Para racionalizar la demanda por servicios, las entidades promotoras de salud podrán adoptar modalidades de contratación y pago tales como capitación, protocolos o presupuestos globales fijos, de tal manera que incentiven las actividades de promoción y prevención y el control de costos. Cada entidad promotora deberá ofrecer a sus afiliados varias alternativas de instituciones prestadoras de salud, salvo cuando la restricción de oferta lo impida, de conformidad con el reglamento que para el efecto expida el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud."

PARAGRAFO. *Las entidades promotoras de salud buscarán mecanismos de agrupamiento de riesgo entre sus afiliados, entre empresas, agremiaciones o asociaciones o por asentamientos geográficos de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional.*

Esa delegación, conforme lo señala el artículo, es para prestar el plan obligatorio de salud (POS) que incluye la atención integral a la población afiliada en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, incluido el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica (art. 11 decreto 1938 de 1994). Y el mismo decreto en su artículo 3°, literal b-) dice que este derecho es para los afiliados al régimen contributivo y la obligación le corresponde a las EPS.

4.1. Planes

El decreto reglamentario 1938 de 1994, artículo 3°, dice cuáles son esos planes:

*"**Artículo 3°. De los tipos de planes.** Los servicios y reconocimiento del plan de Beneficios están organizados en seis subconjuntos o planes de atención en salud que son los siguientes:*

a) Plan de atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como: acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz sobre las personas en patologías y riesgos con altas externalidades o sobre las comunidades en el caso de enfermedades endémicas y epidémicas. Del P.A.B. se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nación.
b) Plan obligatorio de Salud. P.O.S. es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimiento económicos al que tiene derecho en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema. Sus contenidos están definidos en el presente decreto y su forma de prestación normalizada y regulada por los manuales de procedimiento

y guías de atención integral que expida el Ministerio de Salud.

c) Plan obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. Es una categoría transitoria que identifica conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud. Durante el período 1994-2001 este Plan se ampliará progresivamente hasta igualar los contenidos del POS. El contenido del Plan Subsidiado y su forma de prestación estará regida por el decreto reglamentario del régimen de subsidios y por los mismos manuales de procedimientos y guías de atención integral a que hace referencia el literal b) del presente artículo. Plan subsidiado ofrecerá también transitoriamente cobertura integral a la maternidad y durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, program que se denominará el programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.

d) Planes de Atención Complementaria en Salud P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantiza la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.S o por las entidades que sin convertirse en E.P.S. deseen hacerlo, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la normatividad vigente para las empresas de medicina prepagada.

e) Atención de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidentes de Trabajo y enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales. La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S.S a la que se encuentre afiliado al trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994. Las incapacidades, indemnización y demás reconocimientos económicos correrán a cargo de la entidad administradora del seguor de A.T.E.P.

f) Atención de Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes de territorio nacional la atención en salud derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso. Además garantiza el pago a las I.P.S. por atención en salud a las personas, derivadas de catástrofes naturales, actos terroristas con bombas y otros artefactos explosivos y otros eventos aprobados por el consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; y el pago de las indemnizaciones de acuerdo con su reglamento. Los beneficios requeridos y no cubiertos por el SOAT-FONSAT correrán a cargo de la E.P.S. correspondiente, si están incluidos en el POS o en un Plan Complementario de Salud que haya adquirido el afiliado. Sin embar-

go, no podrá disfrutarse al mismo tiempo y por la misma causa el reconocimiento de indemnización e incapacidad."

El sistema de seguridad social en salud cuenta entonces con dos regímenes diferentes mediante los cuales se puede acceder al servicio y que tienen que ver con las posibilidades y requisitos de afiliación y su financiamiento: El régimen contributivo, al que pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias; y el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país.

El decreto 1938 de 1994, señaló el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el sistema debe brindar a las personas, lo cual, a su vez se logra, mediante seis sub-conjuntos o planes definidos teniendo en cuenta la forma de participación de los afiliados y que da lugar al plan de atención básica en salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, a los planes de atención complementaria en salud, a la atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional y a la atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, como surge del artículo 3° del decreto 1938 de 1994, que forma una unidad normativa con el artículo 4° que contiene un glosario de definiciones, con el artículo 5° que señala el contenido del plan, fijando para el caso concreto del sida "actividades de prevención, detención precoz, control y vigilancia epidemiológica", con el 11 que se refiere a la atención integral del POS y con el 15 que contiene una subregla de exclusiones y limitaciones del plan que debe ver aplicada en cuanto no atente contra la Constitución, en caso contrario cabe la excepción de inconstitucionalidad como se verá en el curso de esta sentencia al examinarse el literal g-) del artículo en mención (15 del decreto 1938/94)[6].

En conclusión: el Estado está obligado a prestar el plan de atención básica en salud y las EPS, especialmente deben prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, dentro de los parámetros que el mismo Estado ha fijado.

Esos planes incluyen una cobertura familiar (art. 163 Ley 100) para la cónyuge o compañera permanente, los hijos menores de 18 del núcleo familiar que dependen económicamente o aquellos que tengan menos de 25 años que dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge o compañero e hijos con derechos la cobertura puede extenderse a los padres del afiliado no pensionado que dependan económicamente.

En el Contributivo están: Personas vinculadas a través del contrato de trabajo; los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.

Y en el Subsidiado: Los que por motivo de incapacidad de pago para cubrir el monto total en la cotización que son subsidiados por el sistema general.

---

6 La Corte en numerosas oportunidades se ha referido a la excepción de inconstitucionalidad, por ejemplo en : C-434/92, C-479/92, T-401/92, T-421/92, T-422/92, T-425/92, T-468/92, T-490/92, T-576/92, T-582/92, T-612/92, T-614/92 (salv. Voto), C-175/93, C-593/93, T-425/93, C-281/94, T098/94, T-302/94, T-384/94, T-450/94, T-206/94, T-006/94, T-178/94, T-117/95, T-355/95, T-382/95, T-279/95, Auto 024/95, C-069/95, T-063/95, C-309/96, C-037/96, T-669/96, Auto 66/96, T-123/96, T-150/96.

5. UNA DE LAS PRINCIPALES OBLIGACIONES: EL TRATAMIENTO

El literal 11 del artículo 4° del decreto 1938 de 1994 define el tratamiento como "todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo". Y esta es una de las principales obligaciones de los planes.

Como en el presenta fallo hay que analizar el caso específico de los enfermos del SIDA, hay que acudir a la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud:

Artículo 17. Tratamiento para enfermedades ruinosas o catastróficas. *Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo-efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.*

Se incluyen los siguientes:

a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, transplante renal, de corazón, de médula ósea y de córnea.
c. ***Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.***
d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas.
f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
h. Reemplazos articulares.

PARAGRAFO. *Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y* ***estarán sujetos a períodos mínnimos de cotización exceptuando la atención inicial y estabilización del paciente urgente,*** *y su manejo deberá ceñirse a las Guías de Atención Integral definidas para ello. (subraya fuera del texto).*

Que el sida es una enfermedad catastrófica lo precisa la Resolución 5261 de 1994:

Artículo 117. Patologías de tipo catastrófico. *Son patologías CATASTROFICAS aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:*

-Transporte renal
-Diálisis
-Neurocirugía, sistema nervioso
-Cirugía cardiaca

-Reemplazos articulares
-Manejo del gran quemado
-Manejo del trauma mayor
-Manejo de pacientes infectados por VHI
-Quimoterapia y radioterapia para el cáncer
-Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos
-Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas" (subraya fuera de texto)

6. AFILIACION AL SISTEMA PARA TENER DERECHO AL TRATAMIENTO

Particular importancia para los casos materia del presente fallo tiene la afiliación al P.O.S. Hay que decir que el afiliado lo es al sistema y no a una determinada EPS. Su cotización es al sistema, esto tiene implicaciones en el factor temporal de afiliación en cuanto a los derechos que se tienen. Según el tiempo de cotización, ya que hay que unos períodos mínimos que influyen en la prestación de los servicios como lo indica el artículo 26 del decreto 1938 de 1994:

*"**Artículo 26. De los períodos mínimos de cotización.** Los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:*

***Grupo 1.** Máximo cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el Plan Obligatorio de Salud.*

***Grupo 2.** Máximo cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos MAPIPOS, como el grupo ocho (8) o superiores.*

***PARAGRAFO 1°** Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera a las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, pueperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.*

PARAGRAFO 2°** Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización por alguna enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, **correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

PARAGRAFO 3° *Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto." (Subraya fuera de texto).*

La hipótesis prevista por el parágrafo 2 debe entenderse en el sentido que el trabajador afiliado debe afrontar el valor en las semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos en las enfermedades de alto costo.

Tratándose del sida, como es una enfermedad ubicada dentro del nivel IV, el tratamiento que el usuario le puede exigir a la EPS está supeditado a las 100 semanas mínimas de cotización. Sin embargo, si no ha llegado a tal límite, el enfermo de sida no queda desprotegido porque tiene 3 opciones:

a- Si está de por medio la vida, y no tiene dinero para acogerse a la opción del parágrafo 2° del artículo 26 del decreto 1938/94, la EPS lo debe tratar y la EPS podrá repetir contra el Estado, como se explicará posteriormente en esta sentencia.
b- Se puede acoger al mencionado parágrafo 2° del artículo 26 del decreto 1938/94.
c- Podrá exigirle directamente al Estado el plan de atención básico.

Otro aspecto temporal es el siguiente:

Para la contabilización de las cotizaciones se debe tener en cuenta que no se pierda la antigüedad por interrupción superior a los 6 meses; lo que cotice a una EPS se acumula a lo que hubiere cotizado con anterioridad a otra EPS (artículo 164, Ley 100 de 1993). Para efectos de la preexistencia, esta determinación guarda relación con el principio de movilidad (el cotizante es libre de trasladarse de una EPS a otra). El Decreto 1070 de 1995 en sus artículos 1 y 2 regulan el tema de la libre escogencia:

*"**Artículo 1°.-** Las personas que continúan con la misma afiliación vigente a 31 de diciembre de 1994 en una Institución de Seguridad Social, sin que hayan solicitado traslado a una Entidad Promotora de Salud, podrán realizar este traslado en cualquier tiempo.*

PARAGRAFO.- *Aquellas que se afilien o trasladen a un Entidad Promotora de Salud a partir del 1° de enero de 1995, sólo podrán trasladarse a otra Entidad Promotora de Salud, cuando hayan transcurrido por lo menos doce (12) meses, contados a partir de la fecha de la respectiva afiliación o traslado, previa solicitud presentada por el afiliado con no menos de treinta (30) días calendario de anticipación a la nueva Entidad. El traslado se hará efectivo a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se cumpla dicho término. Copia de esta solicitud deberá ser entregada por el afiliado al empleador.*

La Entidad Promotora de Salud a la cual se traslada el afiliado, deberá notificar a la anterior Entidad en la forma y con los requisitos que establezca la

Superintendencia Nacional de Salud.

Articulo 2°- *Las afiliaciones y traslados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son de cobertura familiar, por lo tanto todos los miembros que componen el grupo familiar deberán estar afiliados a una misma Entidad Promotora de Salud. Sin embargo, cuando se presenten las excepciones previstas en el Decreto 1485 de 1994, la Entidad deberá efectuar convenio con otras Entidades Promotoras de Salud o Prestadores de Servicios de Salud.*

PARAGRAGO.- *En los traslados y para efectos de determinar la aplicación de períodos mínimos de cotización, se deberá considerar todas aquellas semanas efectivamente pagadas a las Instituciones de Seguridad Social y Entidades Promotoras de Salud a las cuales hubiere estado afiliado, lo cual deberá ser solicitado por la nueva Entidad Promotora de Salud e informado por el afiliado mediante la indicación del nombre de dichas entidades. Las Entidades Promotoras de Salud podrán verificar esta información en cualquier tiempo."*

Vista la ubicación dentro del sistema, se pasa a desarrollar otros temas:

7. RELACION ESTADO-EPS

Hay que admitir que al delegarse la prestación del servicio público de salud a una entidad particular, ésta ocupa el lugar del Estado para algo muy importante cual es la prestación de un servicio público; pero eso no excluye que la entidad aspire obtener una legítima ganancia. Así está diseñado el sistema. Pero, lo principal es que se tenga conciencia de que lo que se recauda no pertenece a las EPS, ni mucho menos entra al presupuesto nacional ni a los presupuestos de las entidades territoriales, sino que pertenece al sistema general de seguridad social en salud, es, pues, una contribución parafiscal. Por tal razón, la Corte no puede ser indiferente al equilibrio estructural del Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, al plan obligatorio de salud del régimen subsidiario y a los principios de universalidad y solidaridad que deben ir paralelos. La vigilancia de estos preceptos forma parte de uno de los objetivos del Estado social de derecho: la solución de las necesidades insatisfechas de salud (art. 366 C.P.).

Dentro de la organización del sistema en Colombia, se ha reconocido a cada EPS una Unidad de Pago por Capitación (U.P.C.).

El sistema está diseñado básicamente sobre la recepción de aportes por parte de las EPS, de acuerdo con la llamada: UPC, cuyo valor será establecida periódicamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Se entiende por UPC un valor percápita establecido en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería (artículo 182 de la ley 100 de 1993). Actualmente, en 1997, el valor señalado a la UPC es de $14.582,oo.

Pero qué ocurriría si el mismo Estado, permite que progresivamente las UPC se vayan desvalorizando? en cierta forma, se estarían alterando las reglas de juego iniciales porque esto incidiría necesariamente en el equilibrio financiero de la EPS y del propio sistema.

En la relación Estado-EPS, el co-contratante (EPS) busca que aquello que está abiertamente más allá de lo previsto implique un derecho a que se asegure el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Esta ecuación, equivalencia o igualdad de la relación, no puede ser alterada en el momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de cumplir el servicio, obra, prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes. No constituye un "seguro del co-contratante" contra déficits de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes.[7]

Para Marienhoff, la ecuación o equilibrio financiero del contrato es el *"medio por el que ante circunstancias extraordinarias anormales e imprevistas, posteriores sobrevinientes a la celebración de un contrato administrativo, pero temporarias o transitorias, alteran la ecuación económico-financiera en perjuicio del co-contratante, que determina la obligación del estado de asistirlo para que pueda así cumplir o seguir cumpliendo el contrato."*

Ese equilibrio hace parte de la relación Estado-EPS. Pero hay otro punto:

7.1. Recursos del sistema

El sistema de seguridad social en Colombia es, pudiéramos decir, mixto.

Los afiliados al régimen contributivo deben cotizar mediante aportes que hará el patrono 8% y el trabajador 4% o sea, que el sistema recibe el 12% del salario del trabajador (Art. 204 Ley 100).

La seguridad social prestada por las E.P.S. tiene su soporte en la TOTALIDAD de los ingresos de su régimen contributivo.

Por consiguiente, forman parte de él:

a) Las cotizaciones obligatorias de los afiliados, con un máximo del 12% del salario base de cotización, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo.

b) También, ingresan a este régimen contributivo las cuotas moderadoras, los pagos compartidos, (artículo 27 del decreto 1938 de 1994) las tarifas, las bonificaciones de los usuarios.

---

7 Diez Manuel María, Los mayores costos de las obras públicas, R.A.D.A número 4, Buenos Aires, noviembre 1972, pp.13.

c) Además los aportes del presupuesto nacional.

Lo importante para el sistema es que los recursos lleguen y que se destinen a la función propia de la seguridad social. Recursos que tienen el carácter de parafiscal.

Como es sabido, los recursos parafiscales "son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa"[8], por eso se invierten exclusivamente en beneficio de éstos. Significa lo anterior que las cotizaciones que hacen los usuarios del sistema de salud, al igual que, como ya se dijo, toda clase de tarifas, copagos, bonificaciones y similares y los aportes del presupuesto nacional, son dineros públicos que las EPS y el Fondo de solidaridad y garantía administran sin que en ningún instante se confundan ni con patrimonio de la EPS, ni con el presupuesto nacional o de entidades territoriales, porque no dependen de circunstancias distintas a la atención al afiliado. Por eso, en la sentencia C-179/97, Magistrado Ponente Fabio Morón, se dijo:

"Tenía soporte, entonces, en el régimen anterior este tipo de contribuciones y bajo el imperio de la Carta de 1991, no cabe duda acerca de que los fondos de pensiones, los organismos oficiales que tienen como función el reconocimiento y pago de pensiones y las E.P.S., públicas y privadas, que reciben cuotas de las empresas y de los trabajadores, administran recursos parafiscales. Por lo tanto, en ningún caso, esos fondos pueden ser afectados a fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico y su manejo debe realizarse teniendo en cuenta la especificidad de su función."

Si los aportes del presupuesto nacional y las cuotas de los afiliados al sistema de seguridad social son recursos parafiscales, su manejo estará al margen de las normas presupuestales y administrativas que rigen los recursos fiscales provenientes de impuestos y tasas, a menos que el ordenamiento jurídico específicamente lo ordene. (Como es el caso del estatuto general de contratación, art. 218 de la ley 100 de 1993). Por lo tanto no le son aplicables las normas orgánicas del presupuesto ya que el Estado es un mero recaudador de esos recursos que tienen una finalidad específica: atender las necesidades de salud. En consecuencia las Entidades nacionales o territoriales que participen en el proceso de gestión de estos recursos no pueden confundirlos con los propios y deben acelerar su entrega a sus destinatarios. Ni mucho menos las EPS pueden considerar esos recursos parafiscales como parte de su patrimonio; el artículo 182 de la ley 100 de 1993 ordena:

*"**ART. 182.- De los ingresos de las entidades promotoras de salud.** Las cotizaciones que recauden las entidades promotoras de salud pertenecen al sistema general de seguridad social en salud.*

Por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos en el plan de salud obligatorio para cada afiliado, el sistema general de seguridad social en salud reconocerá a cada entidad promotora de salud un valor percápita, que se

8 Sentencia C-152/97, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

denominará unidad de pago por capitación -UPC-. Esta unidad se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el consejo nacional de seguridad social en salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de salud.

PAR. 1º.- *Las entidades promotoras de salud manejarán los recursos de la seguridad social originados en las cotizaciones de los afiliados al sistema de cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad."*

Por cuanto son ordenados por la Ley, es necesario agregar:

7.2. Ubicación de los recursos

Las entidades promotoras de salud reciben una unidad, UPC, por cada beneficiario, como ya se explicó. El resto va al Fondo de solidaridad y garantía. (art. 219 Ley 100 de 1993)[9].

Se supone que las mayores cotizantes al mencionado fondo son las EPS, sin exclusión. Pero ocurre que sólo están compensando las EPS particulares.

La explicación de la no compensación integral al Fondo de Solidaridad por parte de cajas, fondos o entidades del sector público que se transformaron en EPS, tuvo como explicación la necesidad de esas entidades de obtener información adecuada en cuanto a los ingresos y afiliaciones, lo cual se requiere para un correcto trazado para manejar separadamente los fondos provenientes del recaudo de las cotizaciones, y otros aportes. Por supuesto que la falta de información crea confusión y afecta el sistema, impide una caracterización real del mismo, es explicable el retardo en la información porque se trata del paso de atención del afiliado a la atención a la cobertura familiar, **pero eso tiene su límite** y, dentro de lo razonable tendrá que ser el presente año no puede ir más allá del 31 de octubre de 1997 dado que este fallo no alcanza a ser notificado sino en dicho mes. Limite que coincide con el plazo no mayor a 4 años, contados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como lo señaló el decreto 1890 de 1995, artículo 4°.

---

9 *"**ART. 218.- Creación y operación del fondo.** Créase el fondo de solidaridad y garantía, como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se manejará por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, de conformidad con lo establecido en el estatuto general de la contratación de la administración pública de que trata el artículo 150 de la Constitución Política:*

El consejo nacional de seguridad social en salud determinará los criterios de utilización y distribución de sus recursos.

***ART. 219. Estructura del fondo.** El fondo tendrá las siguientes subcuentas indendientes:*

a) De compensación interna del régimen contributivo;
b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud;
c) De promoción de la salud, y
d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito, según el artículo 167 de esta ley."

En conclusión, para la efectividad del derecho a la salud es vital el funcionamiento eficiente del sistema de seguridad social, por lo tanto, los preceptos relativos al funcionamiento del fondo de Solidaridad deben obedecerse y por ello todas las EPS sin excepción, deben cumplir las funciones previstas en el numeral 5° del artículo 178 de la ley 100 de 1993.

Adicionalmente, el sistema también se encuentra alterado actualmente, en lo que específicamente corresponde a la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD por lo siguiente:

Ocurre que el artículo 221 de la ley 100 de 1993 indica que para la financiación de la SUBCUENTA DE SOLIDARIDAD (base fundamental del sistema) en los años de 1994, 1995 y 1996, el Estado debía destinar del presupuesto nacional por lo menos el equivalente a "un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo" (art. 221 ley 100 de 1993) y el Estado NO lo ha hecho.

En 1997, según la ley 344 de 1996, se disminuyó dicha contribución a medio punto y pese a la disminución, tampoco se ha efectuado el aporte. Estos omisiones afectan TODO el sistema porque:

-Los usuarios no reciben trato adecuado
-Los médicos y las IPS no reciben cumplidamente lo que se les adeuda
-Los médicos no reciben honorarios justos.
-Eso deviene en trato injusto para las EPS porque a ellas sí se les exige que cumplan, mientras el propio Estado incumple.

Es decir, los agentes que participan en el sistema son perjudicados por la alteración del equilibrio, luego para la efectiva protección de sus derechos (y en especial de los pacientes que instauraron las tutelas) habrá que dar órdenes tendientes a lograr y mantener el equilibrio debido, y, además, si el ISS ha incumplido, este aspecto no será extraño en el tema de si se puede o no repetir contra el Estado.

8. RELACIONES PACIENTE - E.P.S.-ESTADO

Cuando está de por medio la vida, la EPS debe facilitar el tratamiento que el médico tratante señale y se debe dar el medicamento necesario.

La Corte ha ordenado que se dé, en su totalidad, el tratamiento que el médico señale al paciente afectado por el SIDA. En extensa argumentación, en la T-271 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) se indicó que si no se cumplía con el tratamiento se afectaba el derecho a la vida y la salud.

"Como quedó consignado en otro aparte de esta providencia, la infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección que, finalmen-

te, causa la muerte."

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ordena que se suministre a los enfermos del sida los antiretrovirales que el médico tratante indique. Y, en general, cuando está de por medio la vida, dijo expresamente la sentencia T-224 de 5 de mayo de 1997, se tiene que cumplir con el tratamiento señalado (Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

No sobra recordar que la Corte ha indicado que curar no es solamente derrotar la enfermedad, puede ser aliviarla, mitigar el dolor, aumentar las expectativas de vida. El enfermo no está abocado a abandonarse a la fatalidad, desechando cualquier tratamiento, por considerarlo inútil ante la certeza de un inexorable desenlace final; todo lo contrario, tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a sus dolencias, si así lo desea, porque la vida es un acontecer dinámico, para disfrutarla de principio a fin; de manera que el hombre tiene derecho a que se la respeten las fases que le resten para completar su ciclo vital.

Los medicamentos señalados por el médico tratante, deben ser los esenciales, con presentación genérica a menos que solo existan los de marca registrada. (artículo 23 del decreto 1938/94).

A lo anterior hay que agregar, por venir al caso en las acciones que motivan este fallo, otra norma de la ley 23 sobre la exigencia de no privar de asistencia al enfermo "incurable":

"artículo 17.- La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente.

Una de las etapas en el tratamiento es la de recetar medicamentos, la citada ley indica:

"artículo 33.- Las prescripciones médicas se harán por escrito, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia".

Esta última disposición conlleva, entre otras, esta conclusión obvia: que sólo se pueden recetar medicamentos que tengan registro sanitario en Colombia, con presentación genérica, a menos que sólo existan los de marca registrada.

Además, este aspecto lo desarrolla la Resolución del Ministerio de Salud 5261 de 1994 que contempla el manual de actividades, intervenciones y procedimientos del P.O.S.; artículo 13, "formulación y despacho de medicamentos," donde, entre otras cosas, se indica que "La receta deberá incluir el nombre del medicamento en su presentación genérica".

Todas esas reglas se recogen en el decreto 1938 de 1994. Precisamente el artículo 23, parágrafo 4° de ese decreto, se refiere a la prescripción de medicamentos, y allí se dice que debe hacerse por escrito, por el personal de salud debidamente autorizado, lo cual excluye la entrega de remedios por auto-medicación, y sólo se permite que quien recete sea "personal profesional autorizado para su prescripción."

Los medicamentos incluidos en el listado oficial deben entregarse por la EPS; y si está de por medio la vida del paciente no importa que no estén en listado, luego se inaplica el literal g- del artículo 15 del decreto 1938 de 1994[10].

El tratamiento prescrito al enfermo debe la respectiva EPS proporcionarlo, siempre y cuando las determinaciones provengan del médico tratante, es decir, del médico contratado por la EPS adscrito a ella, y que está tratando al respectivo paciente.

Cuando lo recetado en las anteriores condiciones no figura en la lista de medicamentos que el Ministro de Salud o la Entidad correspondiente elabora, de todas maneras la entidad afiliadora lo debe proporcionar; como se dijo en el fallo T-271/95:

"La Sala sabe que la negativa de la parte demandada se fundamenta en normas jurídicas de rango inferior a la Carta que prohiben la entrega de medicamentos por fuera de un catálogo oficialmente aprobado; no desconoce tampoco los motivos de índole presupuestal que conducen a la elaboración de una lista restringida y estricta, ni cuestiona los estudios científicos de diverso orden que sirven de pauta a su elaboración, menos aún el rigor de quienes tienen a su cargo el proceso de selección; sin embargo, retomando el hilo de planteamientos antecedentes ratifica que el deber de atender la salud y de conservar la vida del paciente es prioritario y cae en el vacío si se le niega la posibilidad de disponer de todo el tratamiento prescrito por el médico; no debe perderse de vista que la institución de seguridad social ha asumido un compromiso con la salud del afiliado, entendida en este caso, como un derecho conexo con la vida y que la obligación de proteger la vida es de naturaleza comprensiva pues no se limita a eludir cualquier interferencia sino que impone, además, "una función activa que busque preservarla usando todos los medios institucionales y legales a su alcance " (Sentencia T-067 de 1994. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Esa obligación es más exigente y seria en atención al lugar que corresponde al objeto de protección en el sistema de valores que la Constitución consagra, y la vida humana, tal como se anotó, es un valor supremo del ordenamiento jurídico colombiano y el punto de partida de todos los derechos. En la sentencia T-165 de 1995 la Corte expuso: "Siempre que la vida humana se vea afectada en su núcleo esencial mediante lesión o amenaza inminente y grave el Estado Social deberá proteger de inmediato al afectado, a quien le reconoce su dimensión inviolable . Así el orden jurídico total se encuentra al servicio de la persona que es el fin del derecho ". (M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa)."

Quiere decir lo anterior que la relación paciente-EPS implica que el tratamiento asistencial lo den facultativos que mantienen relación contractual con la EPS correspondiente, ya que es el médico y sólo el médico tratante y adscrito a la EPS quien puede formular el medicamento que la EPS debe dar. Si el medicamento figura en el listado oficial, y es esen-

---

10 El artículo 15 del decreto 1938 de 1994 contiene las exclusiones y limitaciones al P.O.S. y dentro del ellas, en el literal y aparece: "Medicamentos o sustancias que no se encuentren expresamente autorizados en el Manual de Medicamentos y Terapéutica".

cial y genérico a menos que solo existan de marca registrada, no importa la fecha de expedición del decreto o acuerdo que contenga el listado. Y, si está de por medio la vida del paciente, la EPS tiene la obligación de entregar la medicina que se señale **aunque no esté en el listado.** Es que no se puede atentar contra la vida del paciente, con la disculpa de que se trataría de una obligación estatal por la omisión del gobierno al no hacer figurar en el listado el medicamento requerido. Obligar al paciente a iniciar un trámite administrativo contra entidades estatales para que se le dé la droga recetada es poner en peligro la vida del enfermo. Ni se puede ordenarle directamente al Estado la entrega de un medicamento cuando el paciente está afiliado a su respectiva EPS, que, se repite, estando de por medio la vida, tiene el deber de entregar lo recetado. Esa celeridad para la prestación obedece, en el caso del sida, a que éste aparece dentro del plan de atención básica de salud.

En la T-125/97 reiterándose jurisprudencia, se consideró que la negativa a entregar medicamentos no incluidos en el listado oficial puede vulnerar los derechos a la vida y, es deber de las EPS atender la salud y conservar la vida del paciente, de lo contrario, desconocen sus deberes.

El usuario que tiene su derecho a la prestación puede oponer este derecho a la EPS a la cual esté afiliado para que tal entidad encargada de la prestación del servicio le de el contenido del derecho que además tiene esta característica.

9. PUEDEN LAS EPS REPETIR CONTRA EL ESTADO POR ESOS MEDICAMENTOS QUE NO FIGURAN EN LISTADO?

Las EPS alegan que la entrega del medicamento no listado escapa al pacto autorizado por el Estado para que se le preste el servicio de salud a determinada persona; indican que en tal caso se puede repetir contra entidad oficial; invocan como argumento de equidad, la desvalorización de las UPC; a su vez, el Ministerio de Hacienda replica que el sistema no sólo lo conforman las UPC, sino que, adicionalmente, las EPS reciben tarifas y copagos; es decir, el equilibrio financiero giraría al rededor de lo que realmente reciben las EPS. Se examinará el tema:

El **parágrafo del artículo 5°** del decreto 1938 de 1994, dice expresamente:

"Parágrafo. Para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo, las acciones individuales de diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de enfermedades sujetas a vigilancia epidemiológica, ***tales como Sida****, enfermedades de transmisión sexual, tuberculosis, lepra, cólera, enfermedades tropicales como la malaria, leishamaniasis y dengue, serán responsabilidad de la E.P.S. y* ***se financiarán con cargo a la Unidad de Pago por Capitación.***" (subrayas fuera de texto).

O sea, la norma involucra dentro de la UPC el tratamiento del sida:

"Artículo 38.- Del aseguramiento para el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas: para garantizar la cobertura del riesgo económico derivado de la

atención a los afiliados que resulten afectados por enfermedades de alto costo en su manejo, definidas como catastróficas o ruinosas *en el Plan Obligatorio de Salud, la entidad promotora de salud, deberá establecer algún mecanismo de aseguramiento.*

Parágrafo1°. Se clasifican como tratamiento para enfermedades catastróficas de alto costo en su manejo las que se señalan expresamente a continuación. El Ministerio de Salud podrá ampliar o reducir este listado.

a) Tratamiento con quimioterapia y radioterapia para el cáncer;
b) Trasplante de órganos y tratamiento con diálisis para la insuficiencia renal crónica;
c) Tratamiento para el Sida y sus complicaciones;
d) Tratamiento médico-quirúrgico para el paciente con trauma mayor;
e) Tratamiento para el paciente internado en una unidad de cuidados intensivos por más de cinco días;
f) Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central;
g) Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito;
h) Reemplazos articulares.

Parágrago 2°. El Gobierno Nacional definirá la forma y condiciones para la operación del fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas.

Parágrafo 3°. El fondo de aseguramiento de enfermedades catastróficas cubrirá el valor de la atención para cada una de las patologías descritas con un tope máximo por evento año. Los gastos que superen este valor serán cubiertos por el usuario, lo que podrá hacerse como una modalidad de planes complementarios. Todo lo anterior se hará de la forma como lo regule el Gobierno Nacional." (subrayas fuera de texto).

Y, estos dos artículos (5° y 38) forman un todo armónico con el 3° del mismo decreto, ya antes transcrito.

Pero, como se trata de una relación contractual, la E.P.S. sólo tiene obligación de lo especificado, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado. Además, tratándose del sida, el artículo 165 de la ley 100 de 1993 (transcrito anteriormente) la incluye dentro del plan de atención básico. Pero de donde saldrá el dinero? Ya se dijo que hay un Fondo de Solidaridad y garantía, inspirado previamente en el principio constitucional el de la SOLIDARIDAD, luego a él habrá que acudir. Pero como ese Fondo tiene varias subcuentas, lo más prudente es que sea la subcuenta de "promoción de la salud" (art. 222 de la ley 100 de 1993). Además, la repetición se debe tramitar con base en el principio de CELERIDAD, ya que la información debe estar computarizada, luego, si hay cruce de cuentas, éste no constituye razón para la demora, sino que, por el contrario, la acreencia debe cancelarse lo más rápido.

Las EPS formulan esta otra objeción: que antes y después del nuevo listado el entorno del sistema ha sido el mismo (incremento automático de la U.P.C., existencia de las mismas normas en materia de reaseguro) y que, la ampliación del listado no es justa. Si las EPS le formulan objeciones a esa norma, es a través de la jurisdicción contencioso-administrativa como se definiría la legalidad o ilegalidad de lo fijado en el acto administrativo; por medio de esa jurisdicción se analizará si hubo razón o no para un listado nuevo. Los derechos fundamentales no pueden ser desprotegidos por una discusión sobre legalidad de un Acto Administrativo. Como el acuerdo 53 de 1997 adicionó lo contenido en el decreto 1938 de 1994, respecto al listado de medicamentos el acuerdo es perfectamente aplicable, mientras no se declare ilegal; por eso, la argumentación sostenida por la entidad promotora de salud no es aceptable para la tutela. Los principios constitucionales consagrados en la Carta de 1991 buscan garantizar la atención de salud, así como el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. La expedición del Acuerdo en mención por el Consejo de Seguridad Social busca darle directo cumplimiento y pleno desarrollo a la Constitución, en cuanto a la protección a la salud; de otra parte resulta muy claro que el artículo 172 numeral 5 de la Ley 100 de 1993 consagra la facultad en cabeza del Consejo de Seguridad Social para expedir el Acuerdo. En tal sentido la norma prescribe que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes funciones:

"Definir los medicamentos esenciales y genéricos que harán parte del plan obligatorio de Salud."

Por lo tanto no puede aducirse como argumento por parte de la entidad promotora de salud una "excepción de ilegalidad"; por supuesto que este aspecto de legalidad es definible por la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante acción, pero no puede serlo por la vía de la excepción, en la tutela.

10. LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD

Las EPS prestan el servicio de salud a sus afiliados y beneficiarios que coticen, respetándose las reglas de períodos mínimos de cotización. Como se trata de un servicio público, adquiere particular relevancia el principio de la continuidad. Pueden surgir problemas cuando, generalmente por culpa patronal, hay retardo en las cotizaciones por un tiempo que no sobrepasa los seis meses (evento en el cual se pierde la antigüedad), en tal situación no se puede decir que el usuario queda retirado del servicio. En la C-179/97 se dijó:

"En armonía con los postulados expuestos, 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 tra-

bajador de una empresa de aviación civil que se abstuvo de efectuar los pertinentes aportes las consecuencias de ese incumplimiento, más aún 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.[11]"

Esa prevalencia de la buena fe, está también reseñada en la T-059/97:

"Si además, el beneficiario no es el encargado de hacer los descuentos para pagar a la entidad prestataria de salud, queda cobijado por la teoría de la apariencia o creencia de estar obrando conforme a derecho: 'error communis facir ius'[12]".

En caso de necesidad, también hay flexibilidad respecto a la demora en el pago de los aportes:

"Si, además, se tiene en cuenta, de un lado, la urgencia del tratamiento médico y, de otro, el hecho de que la demandante carece de los recursos económicos para asumir el costo de lo que le pueda corresponder para el tratamiento y los medicamentos que exige su caso, es claro que debe exonerársele del pago señalado en los reglamentos, por sus condiciones de pobreza si se tienen en cuenta los exiguos ingresos que recibe. En sus condiciones de enfermedad y dentro de las limitaciones propias de esta circunstancia, el salario de la demandante resulta insuficiente para subvenir cualquier gasto adicional y más aún, el que demanda el pago adicional para acceder a los referidos servicios de seguridad social en salud. [13]"

Por supuesto que la EPS no queda desprotegida si el comportamiento omisivo es patronal. La Corte, en sentencia con autoridad de cosa juzgada, C-179/97, dijo que la entidad patronal "en su carácter de retenedora y administradora de unos recursos públicos" tiene las acciones legales ejecutivas pertinentes. Es decir, la EPS puede reclamar al patrono incumplido no sólo las cuotas debidas sino la inversión hecha cuando estaba en mora. Se aclara que cuando la mora es culpa de un trabajador independiente que directamente cotiza, éste pierde derecho a la atención durante la mora, salvo que esté dentro de los parámetros del régimen subsidiado.

11. RELACION PACIENTE-MEDICO

El paciente tiene autonomía para aceptar o no el tratamiento que el médico tratante señale, teniéndose en cuenta el consentimiento informado.

En la sentencia T-477/95 se explicó qué se entiende por consentimiento informado, posición jurisprudencial acogida por la Corporación y que en la sentencia aludida (M.P.

11 MP.: Fabio Morón Díaz.
12 Sentencia T-059/97, MP: Alejandro Martínez Caballero.
13 Sentencia T-114/97, MP: Antonio Barrera Carbonell.

Alejandro Martínez Caballero) tuvo este desarrollo:

"Para que surja una relación con proyección jurídica entre el médico y su paciente se requiere acuerdo de voluntades hacia una prestación de servicios.

La obligación contractual o extracontractual del médico respecto del ser humano a quien va a tratar, buscando su CURACION [14] *es una prestación de servicios*[15] *que produce obligaciones de medio y no de resultado, enmarcada en el CONSENTIMIENTO, entendiendo por tal el acuerdo de voluntades sobre un mismo objeto jurídico.*

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; se ha afirmado que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional "paternalista" del médico, mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin la aceptación del usuario, criterio que tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad, señalando como ***cualidades primarias*** *las inseparables del cuerpo (entre ellos la "figura") diciendo que en las alteraciones que el cuerpo sufre, esas cualidades se mantienen como son. Este fundamento propio del empirismo-materialista ha ganado terreno en el tema que nos ocupa: el consentimiento del paciente; y este criterio también fue absorbido por el materialismo francés, de ahí que el "consentiment eclaire" o consentimiento aclarado brota del manantial teórico del SANO SENTIDO COMUN (bon sens) propio de Locke.*

En segundo término en cuanto a la autonomía, en la sentencia T-271/95 también se dijo:

"Ahora bien, no es extraño al juicio de esta Sala que, en situaciones como la presente, el principio de la autonomía personal, del que es trasunto el derecho consagrado en el artículo 16 superior, tiene una especial aplicación, no sólo porque a falta de vida el ejercicio de dicha autonomía sería imposible, sino también porque en desarrollo de su facultad de autodeterminación se garantiza a la persona el poder para tomar, sin injerencias extrañas o indebidas, las decisiones acerca de los asuntos que le conciernen, lo que adquiere especial significación en materias relativas a la salud y a la vida individual. La Corte, en otra oportunidad, protegió la determinación de rehusar un tratamiento no deseado, al denegar una acción de tutela tendiente a obligar a quien padecía una enfermedad grave a aceptar la actuación de los médicos (Sentencia T-493 de 1993. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell), y, en un pronunciamiento posterior, señaló que "cada quien es libre de decidir si es o no el caso de recuperar su salud " (Sentencia C-221de 1994. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Siendo ello así, en principio es lógico concluir que a quien, en ejercicio de su autonomía, expresa su voluntad de someterse a un tratamiento paliativo, que cree favorable, deba respetársele su opción del mismo modo que se respeta la del sujeto que se opone a ser tratado, con la diferencia de que en un caso basta la abstención y en el otro se

---

14 La Corte Constitucional, ha entendido por CURACION no solo la derrota de la enfermedad, sino el alivio de la misma.
15 Para el profesor José Alejandro Bonivento, "Los Principales Contratos Civiles", pág 448, esta forma de prestación de servicios profesionales está colocado dentro de lo estatuido en el artículo 2144 C.C. y es mandato.

exige la actuación positiva encaminada a salvaguardar la salud y la vida."

Surge, entonces, esta otra conclusión: Previo consentimiento informado, si en enfermedades catastróficas como el sida, o en otras, siempre y cuando esté de por medio la vida, se recetan medicamentos esenciales, genéricos a menos que solo existan de marca registrada, el enfermo es autónomo para aceptarlos o no, y si los acepta, tiene derecho a la entrega de la droga por la EPS, con la condición de que sea recetada por el médico tratante.

Queda así definido que al paciente afectado por el sida SI se le puede recetar por el médico tratante medicamentos que no figuran en el listado oficial y que la EPS debe entregarlos.

11. TEMA DE LOS GRUPOS DE AUTOAPOYO

La importancia de estos grupos, en el tratamiento del SIDA, genéricamente es reconocida. Lo prudente es no obstaculizar el funcionamiento de las asociaciones comunitarias conformadas por los portadores del SIDA y sus familiares. Si el tema se plantea bajo el aspecto de terapia, es indispensable que haya prueba de que el funcionamiento de los grupos no afecta la terapia sino que la complementa, porque el juez de tutela no puede dar una orden de tratamiento no señalada por los galenos que orientan la curación del paciente. Es decir, para los efectos constitucionales de la presente tutela, lo que interesa es la garantía del "acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" (art. 49 C.P.). Si, adicionalmente, el propio Estado reglamenta esta situación expidiendo la regla que optimiza el derecho al darle importancia a la "consejería", optimización surge del decreto 1543 de 1997 como se verá en el capítulo siguiente, entonces, se concluirá que a partir de esa regla no se podrán obstaculizar el funcionamiento de agrupaciones en las cuales participan enfermos del sida y sus familiares que buscan realizar actividades que los confrontan frente a lo que la norma llama consejería.

C. CASOS CONCRETOS EN LAS TUTELAS QUE SE ESTUDIAN

1. Visto que el Club de la amistad es un grupo de autoapoyo que permite una condición de vida menos dura para los portadores del Sida, y que el ISS rompió la costumbre de las reuniones que en la clínica San Pedro Claver dichas personas efectuaban, se concluye que a partir del decreto 1543 del 12 de junio de 1997 se debe permitir la continuación de dichas reuniones; agregándose que serán los médicos quienes opinarán previamente si ese grupo de apoyo contribuye a la terapia de los pacientes que instauraron la tutela y si ello es así el ISS viabilizará la actividad ocupacional para facilitar las reuniones dentro de la definición técnica que el artículo 2° del decreto 1543 de 1997 le da a la expresión CONSEJERIA: "Conjunto de actividades realizadas para preparar y confrontar a la persona con relación a sus conocimientos, sus prácticas y conductas antes y después de la realización de las pruebas diagnósticos...".

2. En cuanto a la solicitud de dar medicamentos recetados por el médico tratante, estando de por medio la vida del paciente, así la droga no figure o no haya figurado en el listado oficial, se reiterará la jurisprudencia de ordenar mediante tutela que se cumpla con la

determinación médica de entregar un medicamento esencial en presentación genérica a menos que solo sea producida con marca específica. Por supuesto que si no hay orden médica, sino simplemente se trata de un deseo del paciente, la tutela no puede prosperar.

Como el 13 de febrero de 1997, se adicionó el listado de medicamentos para ser suministrados a los enfermos del sida, entonces, con mayor razón debe entregárseles los antiretrovirales que en el nuevo listado figuran y en este aspecto la orden debe ser terminante.

Respecto al derecho a repetir que tendrán las EPS que han dado los retrovirales hay que distingue: el I.S.S. no podrá exigirle al Estado que el Fondo de Solidaridad y garantía salga el equivalente a la droga que no aparece en el listado, porque el I.S.S. ha incumplido en alto grado lo que totalmente debe aportar al Fondo ("nemo auditur propiam turpitudinem allegans"), pero, por el contrario, SALUD COLMENA si puede repetir contra el Estado por haber dado medicamentos que en el instante de entregarlos al paciente no figuraba en el listado oficial, como ya se explicó. Queda así ratificado un punto jurisprudencial contenido en la T-114 de este año, con la adición ya explicada de la importancia de las semanas cotizadas.

Al mismo tiempo, se darán órdenes y llamados a prevención para que se mantenga del equilibrio financiero del sistema, pues, de lo contrario, lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, no serían derechos-realidad.

Es por ello que se le ordenará al ISS que compense lo debido, siendo razonable que principie a hacerlo al finalizar el próximo mes, lo cual significa que la fecha que se fijará será la del 31 de octubre; no es materia de esta tutela determinar qué pasa con lo anteriormente debido, serán otras vías las adecuadas. En cuanto al aporte que el Estado debe pagar a la subcuenta de solidaridad, según ya se explicó al analizar el artículo 221 de la ley 100 de 1993, y la ley 344 de 1996, tal destinación del presupuesto nacional la debe hacer el Ministerio de Hacienda a la mayor brevedad porque la omisión altera el equilibrio del sistema.

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.- CONFIRMASE la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el 29 de noviembre de 1996, en cuanto concedió la tutela, ordenándose al ISS el suministro de inhibidores de protesa (T-120422), que el médico tratante indicó y según lo dicho en este fallo respecto al mínimo de cotizaciones.

Segundo.- REVOCASE la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 13 de diciembre de 1996 que no concedió la tutela dentro del expediente T-120933 y en su lugar se confirma la decisión del 22 de noviembre de 1996 de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ordenó al ISS suministrar al accionante el tratamien-

to prescrito para combatir el virus del VIH/SIDA que lo afecta, teniendo en cuenta lo dicho en este fallo sobre semanas cotizadas.

Tercero.- Se CONFIRMAN las decisiones de primera instancia (del Juzgado 40 Civil Municipal de Santafé de Bogotá, del 22 de noviembre de 1996) y de segunda instancia (del Juzgado 24 Civil del Circuito de la misma ciudad, del 22 de enero de 1997) dentro de la T-122891, en cuanto no concedieron la tutela, en razón de no existir prescripción escrita del médico tratante del paciente que hubiera ordenado los antiretrovirales.

Cuarto.- Se REVOCA la decisión de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, del 24 de enero de 1997, y, consecuentemente la decisión de primera instancia del 18 de noviembre de 1996, del Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá, que concedieron la tutela, ya que no existe orden del médico tratante recetando antiretrovirales a la persona que instauró la T-123132.

Quinto.- CONFIRMAR la decisión de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, del 24 de enero de 1997 y consecuentemente de la primera instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá del 20 de noviembre de 1996, en cuanto no concedieron la tutela, pero, porque no hubo orden del médico tratante recetando los medicamentos pedidos por la persona en la T-123145.

Sexto.- CONFIRMAR la sentencia de 10 de febrero de 1996 de la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Santafé de Bogotá, y la de primera instancia del 26 de noviembre de 1996 del Juzgado 12 de Familia de la misma ciudad, en cuanto negaron en la T-124414 la pretensión de ordenar antiretrovirales que aún no habían sido recetados al paciente por el médico tratante.

Séptimo.- CONFIRMASE la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 12 de diciembre de 1996 en la T-119714 que modificó la de primera instancia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y en consecuencia se concede la tutela, ordenándosele a SALUD COLMENA, EPS, que suministre al accionante los antiretrovirales y demás medicamentos que el médico tratante le formuló; se confirma la determinación según la cual hay derecho de parte de COLMENA a los reembolsos económicos correspondientes a los medicamentos suministrados, de acuerdo a las consideraciones hechas en el presente fallo de revisión; y se tendrá en cuenta lo del mínimo de semanas cotizadas expresado en la parte motiva de este fallo.

Octavo.- Se hace un LLAMADO A PREVENCION al Instituto de Seguros Sociales y a Salud Colmena, para que suministren los medicamentos esenciales en presentación genérica, a menos que solo existan con marca registrada, señalados por el médico tratante de la EPS, aunque aquellos no estén dentro de los listados que el Gobierno expide, siempre y cuando esté de por medio la vida del paciente y teniendo en cuenta las semanas cotizadas.

Noveno.- SE HACE UN LLAMADO A PREVENCION al Consejo Nacional de Seguridad Social para que la UPC refleje un valor real del costo del servicio para que no se altere el equilibrio financiero del cocontratante.

Decimo.- Se ORDENA al Instituto de los Seguros Sociales que antes del 31 de octubre de 1997, mediante las medidas pertinentes, compense al Fondo de Solidaridad y Garantía, si aún no lo han hecho, todo lo que corresponda según se indicó en la parte motiva de este fallo.

Undécimo.- Se ORDENA al Ministerio de Hacienda que se entreguen la sumas debidas a la subcuenta de Solidaridad, como lo ordena la Ley 100 de 1993, artículo 221, y la ley 344 de 1996.

Duodécimo.- Se REVOCAN las decisiones tomadas dentro de las tutelas: T-122891, T-123132, T-120042, en lo referente a no conceder la tutela a integrantes del Club de la Alegría que pedían que la Clínica San Pedro Claver les habilitara una de sus dependencias para reunión, y en su lugar se CONCEDE la pretensión, ORDENANDOSE al ISS que facilite las reuniones del Club de la Alegría conforme venían haciéndolo y según lo expresado en la parte motiva del presente fallo.

Décimo Tercero.- Por Secretaría se librarán las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos del caso.

Décimo Cuarto.- Se mantendrán en reserva los nombres de los solicitantes.

Notifíquese, Comuníquese, Publíquese e Insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Envíese copia a los Ministros de Trabajo y Seguridad Social, Salud, Hacienda y Crédito Público y al Superintendente de Salud.

ANTONIO BARRERA CARBONELL, Presidente

JORGE ARANGO MEJIA, Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ, Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO, Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA, Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Magistrado

FABIO MORON DIAZ, Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA, Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO, Secretaria General

NORMAS DECLARADAS EXEQUIBLES
SEPTIEMBRE 1997

1913

Ley 4 de 1913, artículo 280. Sentencia C-448 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1655. Actor: Claudio Zambrano Pinzón.

1920

Ley 33 de 1920, artículo 1. Sentencia C-469 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-1593. Actor: Alexander Sochandamandou.

1938

Ley 197 de 1938, artículo 2. Sentencia C-470 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1606. Actor: Luis Antonio Vargas Alvarez.

1968

Decreto 3135 de 1968, artículo 21. Sentencia C-470 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1606. Actor: Luis Antonio Vargas Alvarez.

1984

Ley 12 de 1984, artículo 4. Sentencia C-469 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. D-1593. Actor: Alexander Sochandamandou.

1985

Ley 96 de 1985, artículo 53 las expresiones "el Consejo Nacional Electoral tendrá las funciones de Junta Directiva del Fondo" (Rotatorio de la Registraduría Nacional del Estado Civil). Sentencia C-431 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1605. Actor: Guillermo Ramírez Rodríguez.

1993

Ley 80 de 1993, artículo 8, numeral 2°, literal b). Sentencia C-429 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1594. Actor: Alejandro Ochoa Botero.

1994

Ley 136 de 1994, artículo 55 numerales 2, 3 y 4. Sentencia C-473 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1618. Actor: Jeofrey Alfonso Troncoso Mojica.

1995

ley 200 de 1995, artículos 77-2 y 130, 147 la expresión "Oportunidad para rendir exposición. Quien tenga conocimiento de la existencia de una investigación disciplinaria en su contra y antes de que se le formulen cargos, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba la exposición espontánea". Sentencia C-430 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-1596. Actor: David de Jesús Gómez Cárdenas.

Ley 201 de 1995, artículoS 8, 45 Y 173 las expresiones acusadas, 80 la expresión " y variar las sedes", 178 la expresión "o donde las necesidades del servicio así lo exijan". Sentencia C-443 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1587. Actor: Jorge Enrique Lozano Zamudio.

1996

Ley 264 de 1996, artículo 1. Salvo la expresión "del Ejercito, de la Armada o de la Policia", la cual se declara INCONSTITUCIONAL. Sentencia C-423 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1546. Actores: Alexandra Mazuera Vargas y Otros.

Ley 340 de 1996. Sentencia C-467 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. L.A.T. 096.

Ley 344 de 1996, artículo 13 excepto el último inciso que dice: " El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo", que se declara INEXEQUIBLE, 14 excepto las expresiones "reconocerse, liquidarse y ", que se declaran INEXEQUIBLES, 18, 22, 26, 29 Y 30. Sentencia C-428 de septiembre 4 de 1997. Magistrados Ponentes: Dres. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa. Exps. Acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613. Actores: Luis Antonio Vargas Alvarez y otros.

Ley 332 de 1996, artículo 1 los apartes acusados. Sentencia C-444 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1595. Actor: Humberto Fernández Vega.

Ley 335 de 1996, artículo 16 parágrafo 2° la expresión "pudiendo hacer cambios dentro de las bandas del VHF, pero en todo caso sin desmejorar las condiciones que tienen los operadores públicos de televisión a la vigencia de la presente ley ...". Sentencia C-445 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1601. Actor: Julio César Torres Saboya.

1997

Ley 350 de 1997. Sentencia C-421 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Exp. L.A.T. 098

Ley 354 de 1997. Sentencia C-422 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. L.A.T. 099

CODIGOS:

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículo 690 numeral 8° la expresión "civil". Sentencia C-424 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1576. Actor. Ramiro Bejarano Guzmán.

Artículos 202 y 203. Sentencia C-426 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1584. Actor. Humberto Artunduaga Vargas.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (Decreto 2700 de 1991)

Artículo 397 numeral 7°. Sentencia C-425 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Exp. D-1580. Actora: Marcela Adriana Rodríguez.

Artículo 226. Sentencia C-446 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1604. Actores: Javier Antonio Villanueva y Otro.

Artículos 139 inciso 2°, 321 la expresión "que rindió versión preliminar" y 324 inciso 3°. Sentencia C-475 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1630. Actores: Roberto Lobelo Villamizar y otro

CODIGO PENAL (Decreto 100 de 1980)

Artículo 140. Sentencia C-472 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Exp. D-1617. Actor. Alexandre Sochandamandou.

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

Artículo 239 ordinal 3° modificado por el artículo 35 de la ley 50 de 1990. Sentencia C-470 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1606. Actor: Luis Antonio Vargas Alvarez.

NORMAS DECLARADAS INEXEQUIBLES SEPTIEMBRE 1997

1992

Ley 5 de 1992, artículo 268 numeral 5°, la expresión "dentro de los dos (2) meses siguientes". Sentencia C- 474 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1624. Actor: Oscar Enrique Ortíz González.

1994

ley 136 de 1994, artículos 85 y 107. Sentencia C-448 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1655. Actor: Claudio Zambrano Pinzón

1995

Ley 200 de 1995, artículo 147 la expresión "aquél la recibirá cuando considere que existen dudas sobre la autoría de la falta que se investiga. En caso contrario negará la solicitud con auto de trámite". Sentencia C-430 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-1596. Actor: David de Jesús Gómez Cárdenas.

Ley 241 de 1995. Artículos 51 y 52. Sentencia C-448 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-1655. Actor: Claudio Zambrano Pinzón.

1996

Ley 344 de 1996 artículo 13 último inciso que dice: " El Gobierno Nacional podrá establecer programas de incentivos con la finalidad de propiciar que los servidores públicos que en el momento de la publicación de la presente Ley tengan régimen de cesantías con retroactividad, se acojan a lo dispuesto en el presente artículo", 14 las expresiones "reconocerse, liquidarse y ", 15. Sentencia C-428 de septiembre 4 de 1997. Magistrados Ponentes: Dres. José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Vladimiro Naranjo Mesa. Exps. Acumulados D-1590, D-1599, D-1607 y D-1613. Actores: Luis Antonio Vargas Alvarez y otros.

Ley 335 de 1996, artículo 16 parágrafo 2° la expresión "previo el visto bueno del Ministerio

de Comunicaciones". Sentencia C-445 de septiembre 18 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Exp. D-1601. Actor: Julio César Torres Saboya.

1997

Ley 347 de 1997. Sentencia C-468 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. L.A.T. 097

CODIGOS:

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Artículo 690 numeral 6 la expresión "en bienes muebles o inmuebles". Sentencia C-424 de septiembre 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía. Exp. D-1576. Actor. Ramiro Bejarano Guzmán.

CODIGO PENAL (Decreto 100 de 1980)

Artículo 127. Sentencia C-456 de septiembre 23 de 1997. Magistrados Ponentes: Dres. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1615. Actor. Harold Bedoya Pizarro.

CODIGO DE JUSTICIA PENAL MILITAR (Decreto 2550 de 1988)

Artículo 184. Sentencia C-456 de septiembre 23 de 1997. Magistrados Ponentes: Dres. Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz. Exp. D-1615. Actor. Harold Bedoya Pizarro.

OBJECIONES PRESIDENCIALES

INEXEQUIBLES los artículos 2, 3, 4 y 5 literales a), b), c), d) y e) del proyecto de ley No. 196/95 Senado, 329/95 Cámara, "por el cual la nación honra la memoria del escritor y poeta nariñense Emilio Bastidas, en el vigésimo aniversario de su fallecimiento",. Sentencia C-466 de septiembre 25 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Exp. O.P. 018

INDICE TEMATICO
SEPTIEMBRE 1997

		Págs.
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Importancia del factor tiempo	(S. T-441/97)	707
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-No puede negociarse en una convención colectiva	(S. T-441/97)	710
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Criterio básico es el mérito académico	(S. T-441/97)	708
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Desigualdad de origen	(S. T-441/97)	709
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Inconstitucionalidad de privilegios para hijos de docentes	(S. T-441/97)	709
ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Inconstitucionalidad de privilegios para hijos, cónyuges o compañeros y exfuncionarios	(S. T-441/97)	710
ACCION DE CUMPLIMIENTO-Improcedencia para protección de derechos garantizados por tutela	(SU-476/97)	1006
ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Racionalización de su ejercicio	(S. C-447/97)	246
ACCION DE TUTELA-Alcance del hecho superado	(S. T-463/97)	903
ACCION DE TUTELA-Improcedencia contra interpretaciones judiciales	(S. T-457/97)	793
ACCION DE TUTELA-Improcedencia determinación cuantía de pensión	(S. T-434/97)	651

		Págs.
ACCION DE TUTELA-Libertad de contratación de copropietarios frente a conjunto de vivienda	(SU-479/97)	1069
ACCION DE TUTELA-Procedencia por afectación de número plural de personas siempre que sean identificables	(SU-476/97)	1004
ACUERDO DE COOPERACION EN MATERIA DE TURISMO	(S. C-421/97)	437
ACUERDO INTERNACIONAL-Cumplimiento de los fines del Estado	(S. C-421/97)	438
ACUERDO INTERNACIONAL-Garantía de la libertad de empresa	(S. C-421/97)	438
ACUERDO INTERNACIONAL-Mecanismos en materia educativa	(S. C-421/97)	437
ACUERDO INTERNACIONAL-Promoción de la cultura	(S. C-421/97)	438
ACUERDO INTERNACIONAL-Promoción de la recreación	(S. C-421/97)	438
ACUERDO INTERNACIONAL-Relaciones internacionales sobre bases de equidad,reciprocidad y conveniencia nacional	(S. C-421/97)	437
ACUERDO INTERNACIONAL-Suscripción por funcionario competente	(S. C-421/97)	437
ACUMULACION FALLOS DE TUTELA PARA REVISION-Improcedencia por situación fáctica	(A. 031/97)	21
ALCALDE-Período	(S. C-448/97)	260
AMNISTIA GENERAL, ANTICIPADA E INTEMPORAL-Inconstitucionalidad	(S. C-456/97)	288
AMNISTIA-Concesión sólo por Congreso	(S. C-456/97)	287
AMNISTIA-Condiciones para concesión	(S. C-456/97)	287
ANTENA PARABOLICA-Decisión de adquisición por mayoría de integrantes de asamblea	(SU-479/97)	1070
ANTENA PARABOLICA-Hace parte de áreas comunes en		

conjunto habitacional (SU-479/97) 1069

ANTENA PARABOLICA-pago de cuota fijada (SU-479/97) 1070

AUTONOMIA DE ENTIDADES TERRITORIALES
Vulneración por sujeción de alcaldes al gobierno central (S. C-448/97) 258

AUTONOMIA SINDICAL-Estatutos regulan relaciones
entre asociados (S. T-482/97) 237

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Autorización a estudiantes
para adelantar internado en otra institución (S. T-433/97) 631

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Distribución de cupos
atendiendo principios y derechos constitucionales (S. T-441/97) 708

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Expedición cartas de libertad (S. T-433/97) 631

AUTONOMIA UNIVERSITARIA-Límites constitucionales a
libertad de dictar normas sobre funcionamiento (S. T-441/97) 707

AUTORIDAD ADMINISTRATIVA-Ampliación indefinida y
vaga de competencias (A.V. SU-476/97) 1003

AUTORIDAD DE POLICIA-Cumplimiento de normas sobre orden
y moral públicos y seguridad ciudadana (SU-476/97) 1006

AUTORIDAD DE POLICIA-Negligencia en adoptar medidas
eficaces para controlar la prostitución y travestismo
en el Chicó (SU-476/97) 1005

AUTORIDAD DE POLICIA-Prohibición de establecer
nuevos lugares de prostitución en el sector (SU-476/97) 1006

AUTORIDAD LOCAL-Elección (S. C-448/97) 259

AUTORIDADES LOCALES -Fecha de elección (S. C-448/97) 259

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Normas humanitarias (S. C-467/97) 469

BOLETIN DE NOTAS DEL ALUMNO-Comentarios o anotaciones
sujeto a derechos fundamentales (S. T-459/97) 851

BUENA FE PROCESAL (S. C-426/97) 89

		Págs.
BUENA FE-Creencia de que se actúa dentro de la legalidad	(SU-478/97)	1046
BUENA FE-No facilita pago doble por títulos valores sustraidos	(SU-478/97)	1047
CADUCIDAD DE LA ACCION-Caso de improcedencia en ley estatutaria	(S. C-448/97)	258
CALIFICACION DEL DELITO EN RESOLUCION DE ACUSACION-Carácter provisional	(S. T-439/97)	684
CARRERA JUDICIAL-Notificación de tercero interesado por pretender relevar del cargo a quien fue nombrado	(A. 030/97)	17
CASA DE CULTURA-Compraventa y dotación por municipio	(S. C-466/97)	588
CESANTIA PARCIAL-Destinación	(S. C-428/97)	116
CESANTIA PARCIAL-Reconocimiento no supeditado a disponibilidad presupuestal	(S. C-428/97)	115
CESANTIA PARCIAL-Reconocimiento no supeditado a disponibilidad presupuestal	(S. T-419/97)	601
CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA DEL CONGRESO	(S. C-473/97)	391
CODIGO DISCIPLINARIO UNICO-Unificación de regímenes disciplinarios	(S. C-443/97)	187
COMBATIENTE ARMADO-Noción	(S.V. C-456/97)	287
COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Desconocimiento de autonomía	(S. C-445/97)	224
COMISION NACIONAL DE TELEVISION-Ejecución de políticas legislativas	(S. C-445/97)	224
COMPENSACION POR ACREENCIAS TRIBUTARIAS	(S.P.V. C-428/97)	114
COMPENSACION-Autorización de cruce de información	(S. C-428/97)	118
COMPETENCIA DEL LEGISLADOR EN MATERIA PENAL	(S. C-472/97)	384
COMPRAVENTA DE INMUEBLES POR EL GOBIERNO-		

		Págs.
No requiere autorización expresa del Congreso	(S. C-466/97)	587
CONCORDATO PREVENTIVO- Prioridad pago de mesadas pensionales	(S. T-458/97)	806
CONCUSION-Pena imponible	(S. C-472/97)	384
CONFLICTO ARMADO-Civilización de confrontación	(S.V. C-456/97)	287
CONGRESO DE LA REPUBLICA-Regulación de inhabilidades para contratar con el Estado	(S. C-429/97)	153
CONGRESO-Aprobación de tratados internacionales	(A.V. C-468/97)	514
CONGRESO-Atribución al ejecutivo para celebrar contratos	(S. C-466/97)	587
CONGRESO-Funciones no son taxativas sino enumerativas	(S. C-473/97)	391
CONGRESO- No puede imponer al Ejecutivo la celebración de un contrato	(S. C-466/97)	587
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL- Funciones atribuidas por ley	(S. C-431/97)	179
CONSERVACION DEL ORDEN PUBLICO-Regulación ejercicio de derechos y libertades de gobernados	(SU- 476/97)	1004
CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA-Improcedencia	(S. C-466/97)	587
CONTRATACION ADMINISTRATIVA- Conciliación de intereses públicos de imparcialidad	(S. C-429/97)	154
CONTRATACION ADMINISTRATIVA- Inhabilidad por nexos familiares	(S. C-429/97)	153
CONTRATACION ADMINISTRATIVA- Principios de transparencia e imparcialidad	(S. C-429/97)	153
CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Prohibición de intervención de familiares de servidores públicos	(S. C-429/97)	154
CONTRATACION DE SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION-Prevalencia de autonomía individual frente administración de conjunto habitacional	(SU-479/97)	1069

		Págs.
CONTROL DE LEGALIDAD DE MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Alcance	(S. T-439/97)	864
CONTROL DE LEGALIDAD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO-Detención preventiva sin excarcelación	(S. T-439/97)	864
CONVENCION INTERNACIONAL-Ambito de aplicación	(S. C-467/97)	467
CONVENCION INTERNACIONAL-Conflictos armados internos	(S. C-467/97)	467
CONVENIOS DE DERECHOS HUMANITARIOS-Deber de divulgación	(S. C-467/97)	469
CONVENIOS DE ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Naturaleza	(S. C-468/97)	514
CONVIVENCIA EN COMUNIDAD EDUCATIVA-Sujeción a valores, principios y derechos constitucionales	(S. T-459/97)	850
CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES-Naturaleza	(S. C-428/97)	117
CORPORACIONES AUTONOMAS REGIONALES-Naturaleza	(S.P.V. C-428/97)	117
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	(S. C-425/97)	77
COSA JUZGADA MATERIAL-Respeto al precedente	(S. C-447/97)	247
CUPOS EN UNIVERSIDAD OFICIAL-Son bienes públicos los ordinarios y adicionales	(S. T-441/97)	708
CUPOS EN UNIVERSIDAD PUBLICA-Actualmente constituyen bienes escasos	(S. T-441/97)	708
CUPOS EN UNIVERSIDAD PUBLICA-Criterios adicionales de asignación	(S. T-441/97)	708
CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA	(S. T-441/97)	708
CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Reinsertados	(S. T-441/97)	712
CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD		

		Págs.
PUBLICA-Diferenciación positiva en estudiantes oriundos de zonas marginadas del país	(S. T-441/97)	711
CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Inconstitucionalidad del mecanismo para deportistas	(S. T-441/97)	711
CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Sometimiento a iguales reglas de cupos ordinarios	(S. T-441/97)	709
CUPOS ESPECIALES DE ACCESO A UNIVERSIDAD PUBLICA-Vulneración de igualdad por prerrogativas en personas oriundas de una región	(S. T-441/97)	710
DEBER DE POLICIA ADMINISTRATIVO-Prevención de comportamientos particulares que alteren el orden público	(SU 476/97)	1004
DEBIDO PROCESO DE TUTELA EN CONCURSO PARA CARRERA JUDICIAL-Notificación de quién fue nombrado	(A. 033/97)	27
DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Citación de tercero interesado	(A. 033/97)	27
DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Necesidad de ser oido tercero interesado	(A. 030/97)	17
DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Necesidad de ser oido tercero interesado	(A. 032/97)	23
DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Notificación de quien fue nombrado por concurso	(A. 032/97)	23
DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Necesidad de ser oido tercero interesado	(A. 033/97)	27
DEBIDO PROCESO DE TUTELA-Notificación de persona afectada con la decisión	(A. 034/97)	37
DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Cancelación matrícula sin informar a la asociación de padres de familia	(S. T-459/97)	851
DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO-Incompetencia para sancionar estudiante	(S. T-459/97)	851

		Págs.
DEBIDO PROCESO-Alcance	(S. C-475/97)	414
DEBIDO PROCESO-Derecho de estructura compleja	(S. C-475/97)	414
DEBIDO PROCESO-Restricciones	(S. C-475/97)	415
DECLARACION DE BIENES Y RENTAS-Momento de presentación	(S. C-474/97)	406
DECLARACION EXTRAJUICIO EN ACTUACION ADMINISTRATIVA-Prohibición no se extiende a procesos judiciales	(S. T-483/97)	943
DEFENSA TECNICA-Derecho del defensor al ejercicio de una profesión lícita	(S. T-432/97)	616
DEFENSOR DEL PUEBLO - Legitimación para interponer tutela	(S. T-420/97)	607
DELINCUENTE POLITICO-Noción	(S.V. C-456/97)	287
DELITO POLITICO	(S.V. C-456/97)	287
DELITO POLITICO EN LA CONSTITUCION VIGENTE	(S. C-456/97)	287
DELITO POLITICO	(S. C-456/97)	289
DELITO POLITICO-Conexidad	(S.V. C-456/97)	288
DELITO POLITICO-Criterios para tipificarlo	(S.V. C-456/97)	287
DELITO POLITICO-Exclusión de pena	(S.V. C-456/97)	288
DELITO POLITICO-Noción	(S.V. C-456/97)	287
DELITO POLITICO-Restricción de la noción	(S.V. C-456/97)	287
DELITO POLITICO-Trato especial	(S.V. C-456/97)	287
DELITO POLITICO-Trato favorable es excepcional	(S. C-456/97)	287
DELITOS CONEXOS	(S. C-456/97)	288
DELITOS EN COMBATE-Exclusión de pena	(S. C-456/97)	288

		Págs.
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inadmisión	(S. C-447/97)	246
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ineptitud	(S. C-447/97)	246
DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos deben ser cumplidos materialmente	(S. C-447/97)	246
DEMOCRATIZACION DE LA PLANEACION DE LA ACCION DEL ESTADO-Alcance	(S. C-448/97)	259
DERECHO A ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA-casos especiales	(S. C-470/97)	354
DERECHO A LA DEFENSA TECNICA DEL SINDICADO -Inicio del ejercicio	(S. T-432/97)	615
DERECHO A LA EDUCACION- Afectación por baja calidad	(S. T-433/97)	630
DERECHO A LA EDUCACION- Condiciones ambientales para menores	(S. T-481/97)	923
DERECHO A LA EDUCACION-Desarrollo integral	(S. T-481/97)	923
DERECHO A LA EDUCACION-Formación integral de calidad	(S. T-433/97)	630
DERECHO A LA EDUCACION-Función social	(S. T-452/97)	766
DERECHO A LA EDUCACION- Gestiones para la provisión de cargo docente	(S. T-450/97)	754
DERECHO A LA EDUCACION-Interrupción de estudios por no pago de matrícula	(S. T-452/97)	766
DERECHO A LA IGUALDAD DE LOS PENSIONADOS -No se viola con establecimiento de mejores condiciones	(S. C-444/97)	214
DERECHO A LA IGUALDAD-Cupo especial por relación familiar con docente	(S. T-441/97)	710
DERECHO A LA IGUALDAD-Trato preferencial a reservistas	(S. C-423/97)	48
DERECHO A LA IMPUGNACION-No sustentación	(A. 029/97)	13

		Págs.
DERECHO A LA INFORMACION-Libertad en la búsqueda de los medios	(SU-479/97)	1068
DERECHO A LA PERSONALIDAD JURIDICA-No restricción	(S. C-429/97)	154
DERECHO A LA RECREACION-Implicación	(SU-479/97)	1068
DERECHO A LA SALUD-Ausencia de agua potable	(SU-442/97)	958
DERECHO A LA SALUD-Deficiencias en servicios de acueducto y alcantarillado para menores estudiantes	(S. T-481/97)	923
DERECHO A LA SALUD-No transferencia de aportes por empleador para seguridad social	(S. T-451/97)	759
DERECHO A LA SALUD-Problemas ambientales en Santa Marta	(SU-442/97)	958
DERECHO A LA SALUD-Traslado docente por enfermedad	(S. T-455/97)	786
DERECHO A LA SALUD-Tratamiento de aguas residuales	(SU-442/97)	958
DERECHO A LA TRANQUILIDAD, INTEGRIDAD E INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR- Actividades de prostitución y travestismo en el Chicó	(SU-476/97)	1005
DERECHO A LA VIDA-Derechos derivados tienen carácter de fundamentales por conexidad	(SU-442/97)	957
DERECHO A LA VIDA-Suministro de medicamentos no contenido en listado oficial de E.P.S.	(SU-480/97)	1080
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Construcción o reubicación de botadero de basura	(SU-442/97)	958
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Contaminación en el Distrito de Santa Marta	(SU-442/97)	958
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Partículas de carbón en el aire	(SU-442/97)	958
DERECHO AL AMBIENTE SANO-Procedencia de tutela por conexidad con derechos fundamentales	(SU- 442/97)	957
DERECHO AL HABEAS DATA DE		

		Págs.
PERSONAS JURIDICAS-Vinculación directa con la intimidad y buen nombre	(S. T-462/97)	895
DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Ejercicio de prostitución y travestismo dentro de parámetros mínimos	(SU-476/97)	1005
DERECHO AL MINIMO VITAL EN PERSONAS DE TERCERA EDAD-Prelación constitucional	(S. T-458/97)	805
DERECHO AL MINIMO VITAL-Pago de mesadas pensionales	(S. T-458/97)	805
DERECHO AL TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS Y JUSTAS-Traslado de docente por enfermedad	(S. T-455/97)	786
DERECHO DE DEFENSA TECNICA DEL SINDICADO-Derecho del defensor a examinar el expediente	S. T-432/97)	616
DERECHO DE DEFENSA-Restricciones	(S. C-475/97)	415
DERECHO DE PARTICIPACION-Conflicto de personas que ejercen la prostitución	(A.V. SU-476/97)	1005
DERECHO DE PETICION POR INTERNO	(S. T-435/97)	656
DERECHO DE PETICION Y VIA GUBERNATIVA	(S. T-454/97)	780
DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial	(S. T-419/97)	601
DERECHO DE PETICION-Prohibición de respuesta evasiva	(S. T-464/97)	909
DERECHO DE PROPIEDAD-No se lesiona por afectación inmueble con conservación arquitectónica	(S. T-465/97)	916
DERECHO DISCIPLINARIO-Contenido	(S. C-430/97)	167
DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO -Mecanismos de mediación y verificación	(S. C-467/97)	468
DERECHO Y DEBER A LA PAZ-Expulsión de leyes que estimulen violencia	(S. C-456/97)	289
DERECHOS A LA IGUALDAD-Prerrogativas de acceso a educación superior por ser oriundos de una región	(S. T-441/97)	710

		Págs.
DERECHOS A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL -Efectividad y protección	(SU-480/97)	1077
DERECHOS A LA SEGURIDAD, TRANQUILIDAD, SALUBRIDAD Y MORALIDAD PUBLICAS-Fundamentales por conexidad	(SU-476/97)	1004
DERECHOS ABSOLUTOS-Inexistencia	(S. C-475/97)	413
DERECHOS CONSTITUCIONALES-Ponderación	(S. C-475/97)	415
DERECHOS FUNDAMENTALES-Ponderación	(S. C-475/97)	414
DERECHOS FUNDAMENTALES-Restricción	(S. C-475/97)	413
DEROGACION-Concepto	(S. C-443/97)	186
DEROGACION-Fundamento constitucional	(S. C-443/97)	187
DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Caso de servidoras públicas	(S. C-470/97)	356
DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA SIN AUTORIZACION PREVIA-Ineficacia	(S. C-470/97)	355
DETENCION PREVENTIVA-Límites constitucionales del legislador	(S. C-425/97)	77
DETENCION PREVENTIVA-Medida cautelar	(S. C-425/97)	77
DEUDA JUDICIAL-Facultad inconstitucional del Ministro	(S.P.V.C-428/97)	117
DEUDAS JUDICIALES-Pago	(S. C-428/97)	117
DIFERENCIACION POSITIVA	(S. C-423/97)	47
DILIGENCIA DE INDAGATORIA- Definición y connotación jurídica	(S. T-439/97)	684
EFICACIA JURIDICA	(S. C-443/97)	186
EFICACIA SOCIOLOGICA	(S. C-443/97)	186
ELECCION POPULAR DE ALCALDES-Vacancia absoluta	(S. C-448/97)	258

		Págs.
EMPLEADOR-Responsabilidad en pensiones por no cotizar para seguridad social.	(S. T-438/97)	676
EMPRESA EN LIQUIDACION-Activos insuficientes para pago de mesadas pensionales	(S. T-458/97)	806
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Derecho del beneficiario a la atención médica	(S. T-437/97)	667
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-No decide unilateralmente cuáles son las enfermedades de alto costo	(S. T-437/97)	667
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-No decide unilateralmente niveles mínimos de cotización	(S. T-437/97)	667
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-No imposición general semanas máximas de cotización por enfermedades de alto costo	(S. T-437/97)	667
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Régimen excepcional por servicios de alto costo	(S. T-437/97)	667
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Régimen general que excluye preexistencias	(S. T-437/97)	667
EMPRESA PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Estado por medicamentos que no figuren en listado	(SU-480/97)	1079
ENCARGO TEMPORAL-Concepto	(S. C-428/97)	116
ENCARGO TEMPORAL-Remuneración	(S. C-428/97)	116
ENCARGO TEMPORAL-Remuneración	(S.P.V C-428/97)	147
ENFERMEDADES CATASTROFICAS-Autonomía del enfermo para aceptar medicamentos	(SU-480/97)	1081
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Deber de suministrar tratamiento y medicamentos a enfermos de sida	(SU-480/97)	1079
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Prestación plan obligatorio de salud	(SU-480/97)	1077
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Recursos parafiscales		

		Págs.
no constituyen patrimonio	(SU-480/97)	1078
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Servicios asistenciales a sus afiliados	(S. T-436/97)	662
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Suministro medicamentos señalado por médico tratante aunque no figure en lista	(SU-480/97)	1079
ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD- Reconocimiento de UPC	(SU-480/97)	1079
ESPECTRO ELECTROMAGNETICO- Competencia para regular uso	(S. C-445/97)	224
ESTABLECIMIENTO CARCELARIO- Comercialización de productos elaborados por reclusos	(S. T-435/97)	656
ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Deber de protección derechos de los reclusos	(S. T-435/97)	656
ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Diseño de programas para comercializar y pagar productos de reclusos	(S. T- 435/97)	657
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Alcance de las anotaciones en libreta personal del estudiante	(S. T-459/97)	851
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Deficiencias en servicios de acueducto y alcantarillado	(S. T-481/97)	923
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO-Terminación de acueducto por Alcalde	(S. T-481/97)	923
ESTADO DE DERECHO-Justificación a limitación de libertades de cada persona	(SU-476/97)	1003
ESTADO-Obligación de prestar plan de atención básica en salud	(SU-480/97)	1077
ESTADO-Procura evitar que el hombre y la mujer se prostituyan	(SU-476/97)	1005
ETAPA DE INSTRUCCION-Proceso penal no se agota	(S. T-439/97)	683
ETAPA DE JUZGAMIENTO-Modificación calificación del		

		Págs.
tipo penal	(S. T-439/97)	683
ETAPAS DE INSTRUCCION Y JUZGAMIENTO-No existe una división infranqueable	(S. T-439/97)	683
FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Prohibición para reformar códigos	(S. T483/97)	943
FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO -Verbos rectores	(S. T-483/97)	944
FONDO NACIONAL DE REGALIAS-Destino de recursos	(S.P.V. C-428/97)	147
FONDO NACIONAL DE REGALIAS-Recursos para financiación de gastos de protección al medio ambiente	(S. C-428/97)	117
FONDO ROTATORIO DE LA REGISTRADURIA-Junta Directiva	(S. C-431/97)	179
GARANTIAS DEL TRABAJADOR-Aplicación	(S. C-443/97)	189
GOBERNADOR-Nombramiento temporal de alcalde	(S. C-448/97)	259
GRUPOS DE AUTOAPOYO-Tratamiento del sida	(SU-480/97)	1081
HECHO PUNIBLE COMETIDO EN COMBATE-Puede individualizarse responsabilidad	(S. C-456/97)	287
HETEROGENEIDAD ESTRUCTURAL EN COLOMBIA-Campo educativo	(S. T-441/97)	711
HIMNO NACIONAL -Composición poético musical	(S. C-469/97)	344
HIMNO NACIONAL-No adopta contenido normativo	(S. C-469/97)	344
INDAGACION DISCIPLINARIA-Contenido	(S. C-430/97)	167
INDAGATORIA-Oportunidad	(S. C-475/97)	416
INDEFENSION DEL PENSIONADO-No pago de mesadas por incumplimiento cotización por empleador	(S. T-438/97)	676
INDEFENSION-Del usuario frente a la empresa transportadora	(S. T-449/97)	747

		Págs.
INDEFENSION-No pago de mesadas pensionales por situación concordataria de empresa	(S. T-458/97)	804
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS EN COSAS MUEBLES O INMUEBLES- Inconstitucionalidad	(S. C-424/97)	69
INDEXACION DE CESANTIAS	(S. C-428/97)	115
INFORME CONCEPTUAL Y DESCRIPTIVO DE ALUMNO-Reincidencia en indelicadeza con pertenencias de compañeros	(S. T-459/97)	852
INHABILIDAD PARA CONTRATAR CON EL ESTADO -Salvaguarda del interés general	(S. C-429/97)	153
INMUNIDAD DE BIENES CULTURALES	(S. C-467/97)	467
INSTRUMENTOS INTERNACIONALES-Finalidad	(S. C-467/97)	467
INTERES COLECTIVO-Personas identificables	(SU-476/97)	1005
INTERNO TRABAJADOR- Protección del patrimonio económico	(S. T-435/97)	657
INVESTIGACION PENAL	(S. C-475/97)	416
INVESTIGACION PENAL-Acceso expediente	(S. C-475/97)	415
JUEZ CONSTITUCIONAL-Control de limitaciones a derechos fundamentales	(S. C-475/97)	414
JUEZ CONSTITUCIONAL-Función	(S.V. C-456/97)	324
JUEZ CONSTITUCIONAL-Necesidad de probar conexidad eventual del medio ambiente con derecho fundamental	(S.V. SU-442/97)	1000
JUEZ DE TUTELA-Improcedencia de nuevo análisis sobre calificación del material probatorio salvo equivocación manifiesta	(S. T-453/97)	772
JUEZ PENAL-Aplicación del debido proceso	(S. T-432/97)	615
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	(S. C-475/97)	415
LEGISLACION LABORAL-Cambios sólo obligatorios para		

		Págs.
el futuro	(S. C-428/97)	114
LEGISLADOR-Restricciones	(S. C-473/97)	391
LEY APROBATORIA DE RECOMENDACION DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Improcedencia de la inconstitucionalidad	(A.V. C-468/97)	580
LEY APROBATORIA DE TRATADO-Características del control constitucional	(S. C-468/97)	515
LEY APROBATORIA DE TRATADO-Finalidad	(S. C-468/97)	515
LEY APROBATORIA DE TRATADO-Limites del legislador	(S. C-468/97)	515
LEY APROBATORIA DE TRATADO-Naturaleza del control constitucional	(S. C-468/97)	515
LEY APROBATORIA DE TRATADO-Sólo puede contener tratado	(S. C-468/97)	516
LEY DE AUTORIZACIONES-Concepto	(S. C-466/97)	587
LEY DE PROCURADURIA-Inclusión de normas sobre procedimiento disciplinario	(S. C-443/97)	186
LEY ESTATUTARIA-Desconocimiento de reserva	(S. C-448/97)	257
LEY ESTATUTARIA-Regulación período de Alcaldes	(S. C-448/97)	258
LEY POSTERIOR DEROGA LEY ANTERIOR-Fundamento constitucional	(S. C-443/97)	187
LEY POSTERIOR-Criterio para determinar si lo es	(S. C-443/97)	187
LEY POSTERIOR-Vigencia	(S. C-443/97)	187
LEY-Conexidad objetiva y razonable de normas que la integran	(S. C-443/97)	186
LIBERTAD DE CATEDRA-Sistema de evaluación sujeta a límites	(S. T-433/97)	631
LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA-Respeto	(S. C-470/97)	355

		Págs.
LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN PRIVACION DE LA LIBERTAD- Alcance	(S. C-425/97)	77
LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA	(S.C-429/97)	154
LIBERTADES CIUDADANAS-Restricciones	(SU-476/97)	1003
LIBRETA DE CALIFICACIONES-Intensidad del juicio constitucional sobre comentarios y anotaciones	(S. T-459/97)	852
LICENCIA DE CONSTRUCCION-Exigencia de viabilidad ambiental	(SU-442/97)	958
LICENCIA DE CONSTRUCCION- Implicaciones de su otorgamiento	(SU-442/97)	958
LICENCIA DE CONSTRUCCION- Suspensión de otorgamiento en bahía	(SU-442/97)	958
MANUAL DE CONVIVENCIA- Determinación de faltas y sanciones	(S. T-459/97)	850
MANUAL DE CONVIVENCIA- Establecimiento de normas sujeto a la Constitución	(S. T-459/97)	850
MANUAL DE CONVIVENCIA- Inasistencia y negativa a nivelar	(S. T-459/97)	850
MANUAL DE CONVIVENCIA- Potestad sancionadora sometida a garantías constitucionales	(S. T-459/97)	850
MECANISMOS ESPECIALES DE PROTECCION Y TRANSPORTE-Salvaguardia de los bienes culturales en situaciones de conflicto armado	(S. C-467/97)	468
MEDIO DE DEFENSA ADMINISTRATIVO- Exigencia de calidad en la educación	(S. T-433/97)	631
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Ingreso oportuno a la universidad	(S. T-441/97)	707
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Pago de mesadas pensionales pensionales por empresa en situación concordataria	(S. T-458/97)	804

		Págs.
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Controversias sobre propiedad horizontal	(S. T-440/97)	701
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Definición de quién debe pagar la pensión	(S. T-438/97)	676
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Inmueble afectado con tratamiento de conservación arquitectónica	(S. T-465/97)	916
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Pago de pensiones a centro educativo	(S. T-452/97)	766
MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Responsabilidad civil de empresa transportadora por accidente de ocupante	(S.T-449/97)	747
MEDIO DE DEFENSA-Expulsión asociado de sindicato	(S. T-482/97)	937
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL-Protección derechos de pensionados en el trámite de concordato	(S. T-458/97)	805
MUJER EMBARAZADA-Estabilidad Laboral	(S. C-470/97)	354
MUJER EMBARAZADA-Mecanismo insuficiente de protección laboral	(S. C-470/97)	355
MUJER EMBARAZADA-Protección eficaz	(S. C-470/97)	354
MUJER EMBARAZADA-Protección laboral	(S. C-470/97)	354
NORMA SUBROGADA-Efectos actuales	(S. C-472/97)	384
NULIDAD FALLO DE TUTELA-Inexistencia de notificación de persona afectada con la decisión	(A. 034/97)	37
OMISION LEGISLATIVA	(S. C-470/97)	355
OMISION LEGISLATIVA POR ERROR	(S. C-423/97)	48
ORDEN PUBLICO Y LIBERTADES CIUDADANAS -Fundamento y restricciones	(SU-476/97)	1003
ORDEN PUBLICO-Nexo con derechos fundamentales	(A.V. SU-476/97)	1030
PATRIMONIO CULTURAL DE LA NACION	(S. C-469/97)	344

		Págs.
PAZ-Cupo especial de acceso a educación superior para reinsertados	(S. T-441/97)	712
PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJALES-Causales	(S. C-473/97)	391
PERDIDA DE INVESTIDURA-Determinación de causales adicionales	(S. C-473/97)	392
PERDIDA DE INVESTIDURA-Límites para determinación de causales adicionales	(S. C-473/97)	392
PERDIDA DE INVESTIDURA COMO SANCION DISCIPLINARIA	(S. C-473/97)	392
PERDIDA DE INVESTIDURA-Legitimación	(S. C-473/97)	392
PERJUICIO IRREMEDIABLE-No pago oportuno de mesadas pensionales por situación concordataria de empresa	(S. T-458/97)	804
PERSONAS JURIDICAS-Titularidad de derechos fundamentales	(S. T-462/97)	895
PLURALISMO POLITICO-Violación por exclusión de pena	(S. C-456/97)	289
PODER DE POLICIA ADMINISTRATIVO-Reglamentación y ejecución de normas	(SU- 476/97)	1004
POTESTAD REGLAMENTARIA-Alcance	(S. C-428/97)	114
PREJUDICIALIDAD PENAL EN PROCESO CIVIL -Consecuencias por su no aplicación por títulos valores sustraídos	(SU-478/97)	1047
PREJUDICIALIDAD PENAL EN PROCESO CIVIL-Discrecionalidad sujeta al ordenamiento jurídico en su conjunto	(SU-478/97)	1047
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Encargado de las relaciones internacionales	(S. C-422/97)	452
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA-Nombramiento temporal de alcalde	(S. C-448/97)	258
PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR - Recompensa con subsidio estatal	(S. C-423/97)	48
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL		

		Págs.
-Alcance respecto de normas procesales	(S. C-446/97)	239
PRIMA TECNICA-Computo como factor salarial	(S. C-444/97)	214
PRINCIPIO A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL	(S.P.V. C-428/97)	147
PRINCIPIO DE AUTONOMIA TERRITORIAL-Respeto	(S. C-466/97)	588
PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO	(S. C-466/97)	587
PRINCIPIO DE CONSERVACION DEL DERECHO-Improcedencia	(S. C-468/97)	516
PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Retardo en cotizaciones por empleador	(SU-480/97)	1080
PRINCIPIO DE CONTRADICCION PROBATORIA EN PROCESO DISCIPLINARIO	(S. C-430/97)	167
PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO-No debe confundirse con inamovilidad	(S. C-443/97)	188
PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance	(S. T-455/97)	786
PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterios de distribución de bienes escasos	(S. T-441/97)	708
PRINCIPIO DE IGUALDAD-Criterios para distribución de bienes	(S. C-423/97)	47
PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA JUDICIAL-Improcedencia de nuevo análisis sobre calificación del material probatorio salvo equivocación manifiesta	(S. T-453/97)	772
PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION-Alcance	(S. C-426/97)	89
PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION-Alcance restringido	(S.V. C-426/97)	102
PRINCIPIO DE RAZON SUFICIENTE	(S. C-428/97)	116
PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCION-Decisiones encontradas que implican doble condena		
PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA	(S. C-428/97)	117

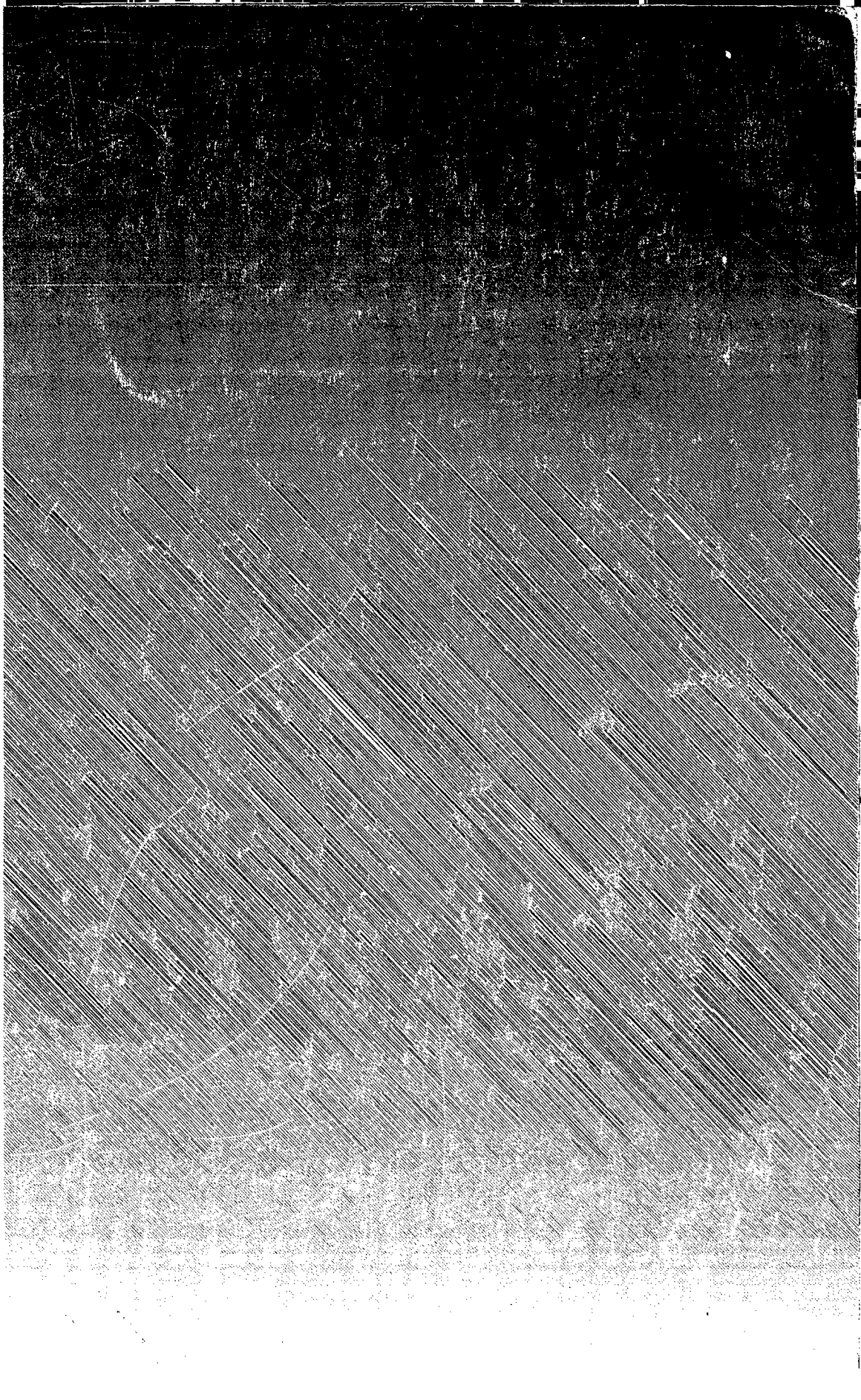
		Págs.
PRINCIPIO DEL MENOR DAÑO CONSTITUCIONAL-Aplicación	(S. T-458/97)	805
PRINCIPIO DEMOCRATICO-Violación por exclusión de pena	(S. C-456/97)	289
PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO-Carencia de fundamento probatorio suficiente responsabilidad delictual de estudiante	(S. T-459/97)	852
PROCESO DE PAZ	(S. C-456/97)	289
PROCESO DISCIPLINARIO-Etapas	(S. C-430/97)	167
PROCESO DISCIPLINARIO-Oportunidad para controvertir la prueba	(S. C-430/97)	167
PROCESO DISCIPLINARIO-Oportunidad para rendir exposición espontánea	(S. C-430/97)	168
PROCESO EDUCATIVO DE CALIDAD-No reclamación oportuna por estudiantes que reprobaron	(S. T-433/97)	630
PROCESO EDUCATIVO DE CALIDAD-Responsabilidad de todos	(S. T-433/97)	630
PROCESO PENAL-Mayor cantidad de garantías constitucionales para el procesado	(S. T-432/97)	615
PROCESOS DISCIPLINARIOS Y DE EVALUACION-Distinciones	(S. T-433/97)	631
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Planta de personal global y flexible	(S. C-443/97)	189
PROSTITUCION-Debe ceder frente al interés social y familiar y los derechos fundamentales de terceros	(SU-476/97)	1005
PROSTITUCION-Prevención y rehabilitación	(SU-476/97)	1005
PROTOCOLO INTERNACIONAL-Armonización con la Constitución	(S. C-467/97)	468
PROTOCOLO INTERNACIONAL-Protección de bienes culturales en situciones de conflicto armado	(S. C-467/97)	468

		Págs.
QUEJA EN PROCESO DISCIPLINARIO	(S. C-430/97)	168
RACIONALIZACION DEL GASTO PUBLICO	(S. C-428/97)	117
REBELION-Exclusión de pena	(S. C-456/97)	288
RECOMENDACION DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Exclusión de control de constitucionalidad	(A.V. C-468/97)	580
RECOMENDACIONES DE LA OIT-Alcance interpretativo	(S. C-470/97)	354
RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Naturaleza y control constitucional	(S. C-468/97)	514
RECOMENDACIONES DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Forma de cumplimiento del gobierno	(S. C-468/97)	516
RECURSO DE CASACION-Requisitos	(S. C-446/97)	239
RECURSO EN VIA GUBERNATIVA-Pronta resolución	(S. T-454/97)	780
REGIMEN DE CESANTIAS CON RETROACTIVIDAD-Inconstitucionalidad de autorización para crear incentivos	(S. C-428/97)	115
REGIMEN DE CESANTIAS-Efectos futuros	(S. C-428/97)	115
REGIMEN DE CESANTIAS-Fijación de un mínimo de rezago	(S. C-428/97)	115
REGIMEN DE CESANTIAS-Inconstitucionalidad de autorización para crear incentivos	(S. C-428/97)	115
REGIMEN DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS DE LA PROCURADURIA	(S. C-443/97)	187
REGIMEN DISCIPLINARIO DE FUNCIONARIOS DE LA PROCURARIA- Especial	S. C-443/97)	188
RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Delegación para prestación del servicio público de salud	(SU-480/97)	1078

		Págs.
RELACION DEL ESTADO CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Equilibrio financiero del contrato	(SU-480/97)	1078
RELACION DEL PACIENTE CON ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Entrega de medicinas aunque no esté en listado oficial señalado por médico facultativo	(SU-480/97)	1080
REPARTO DE COMPETENCIA ENTRE LA NACION Y LOS MUNICIPIOS	(S. C-466/97)	588
REPRESENTACION EN TUTELA A TITULO PROFESIONAL-Necesidad de acreditar condición de abogado titulado	(S. T-457/97)	793
RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Alcance en materia electoral	(S. C-448/97)	258
RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Vicio formal	(A.V. S. C-448/97)	285
RESERVA DE LEY-Materias no pueden dejar de hacer parte de ley marco	(S. C-428/97)	114
RESOLUCION ACUSATORIA-No es definitiva	(S. T-439/97)	683
RESOLUCION ACUSATORIA-Calificación puede ser modificada por el superior	(S. T-439/97)	684
RESOLUCION ACUSATORIA-Modificación y sustitución de medida de aseguramiento	(S. T-439/97)	684
RESPONSABILIDAD CIVIL-Alcance de la expresión	(S. C-424/97)	69
RESPONSABILIDAD DELICTUAL-Comportamiento externo del individuo	(S. C-425/97)	78
RESPONSABILIDAD PENAL-Alcance	(S. C-425/97)	77
SANCION DISCIPLINARIA INDETERMINADA-Inconstitucionalidad	(S. C-428/97)	116
SANCION ESCOLAR-Carácter pedagógico	(S. T-459/97)	852
SEDICION-Exclusión de pena	(S. C-456/97)	288

		Págs.
SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Sistema normativo integrado	(SU-480/97)	1077
SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD-Aparente vacio legal	(S. C-448/97)	260
SENTENCIA INHIBITORIA POR NORMA SUBROGADA	(S. C-471/97)	378
SENTENCIA INHIBITORIA-Carencia de objeto	(S. C-427/97)	105
SENTENCIA INTEGRADORA	(S. C-470/97)	355
SENTENCIA INTEGRADORA-Finalidad	(S. C-470/97)	355
SENTENCIA-Incumplimiento	(S.P.V. C-428/97)	148
SERVICIO PUBLICO DE SANEAMIENTO AMBIENTAL-Responsabilidad estatal de prestación efectiva	(SU-442/97)	957
SERVIDOR PUBLICO COMO PARTICULAR-Actuación sin vinculación alguna con funciones a su cargo	(S. T-435/97)	656
SIMBOLOS PATRIOS-Sacralización sobrevalora la protección de la unidad nacional	(A.V. C-469/97)	352
SIMBOLOS PATRIOS-Significado	(S. C-469/97)	344
SINDICATO-Afiliado no es subordinado de una subdirectiva	(S. T-482/97)	937
SINDICATO-Inexistencia de indefensión por expulsión de asociado	(S. T-482/97)	937
SISTEMA DE CUOTAS O CUPOS-Alcance	(S. C-423/97)	47
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Preceptos relativos al funcionamiento del fondo y subcuenta de solidaridad deben obedecerse	(SU-480/97)	1079
SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Libre competencia en afiliación	(S. C-428/97)	117
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Recaudación le pertenece	(SU-480/97)	1078

		Págs.
SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAN EN SALUD-Recursos tienen carácter parafiscal	(SU-480/97)	178
SUBORDINACION E INDEFENSION-Pago oportuno de mesadas pensionales por empresa	(S.T-458/97)	804
SUBORDINACION-Vinculación laboral	(S. T-451/97)	759
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Protección derechos del pensionado en el trámite de concordato	(S. T-458/97)	805
TELEVISION-Permiso a particulares para operar canales	(S. C-445/97)	224
TESIS DE LA DOBLE VIA-Contenido de las informaciones	(SU-479/97)	1068
TIPO PENAL-Verbo rector o principal	(S. T-483/97)	944
TRASLADO DE EMPLEADOS DE CARRERA	(S. C-443/97)	190
TRASLADO DE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO	(S. C-443/97)	189
TRASLADO-Condiciones menos favorables	(S. C-443/97)	189
TRASLADO-Necesidad del servicio	(S. C-443/97)	189
TRASLADO-No debe ser arbitrario	(S. C-443/97)	189
TRASLADO-Requisitos	(S. C-443/97)	189
TRATADOS INTERNACIONALES-Celebración del convenio por parte del Ejecutivo	(S. C-422/97)	452
TRATO PRIVILEGIADO-Alcance	(S. C-423/97)	48
TRATO PRIVILEGIADO-Distribución de bienes escasos	(S. C-423/97)	47
TUTELA CONTRA MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Improcedencia	(S. T-439/97)	684
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia	(S. T-451/97)	759
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia contra empresa transportadora	(S. T-449/97)	747

		Págs.
TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional	(S.T-435/97)	656
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia general	(S. T-453/97)	772
TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-No resolución cuestión litigiosa por juez	(S. T-457/97)	793
TUTELA CONTRA SERVIDOR PUBLICO-En relación con sus funciones no se equipara al particular	(S. T-435/97)	656
TUTELA INTERPUESTA POR PERSONERO MUNICIPAL-Falta de legitimación por no mediar autorización empleados del despacho	(S. T-420/97)	607
TUTELA TRANSITORIA-Inexistencia de inminente riesgo por retardo en práctica de cirugía estética	(S. T-449/97)	748
UNIDAD NORMATIVA	(S. C-470/97)	356
UNIDAD NORMATIVA-Alcance	(S. C-448/97)	259
VACANCIA TEMPORAL DE ALCALDE-Vacio legal	(S. C-448/97)	260
VALIDEZ FORMAL	(S. C-443/97)	186
VALIDEZ SUSTANTIVA	(S. C-443/97)	186
VERSION LIBRE	(S. C-475/97)	416
VIA DE HECHO EN INDAGATORIA-Existencia de mecanismos distintos para corregir deficiencias	(A.V. T-432/97)	628
VIA DE HECHO EN INDAGATORIA-Negativa a permitir exámen del expediente por defensor	(S. T-432/97)	615
VIA DE HECHO EN INDAGATORIA-No aceptación ejercicio de defensa técnica	(S. T-432/97)	615
VIA DE HECHO EN PROCESO POR VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Amenaza de nuevas agresiones	(S.V.T-460/97)	887
VIA DE HECHO EN TRAMITE DE SANCION CORRECCIONAL-Sanción no figura entre las consagradas		

		Págs.
en la ley	(S. T-432/97)	616
VIA DE HECHO POR CONSEJO DE ESTADO-Apreciación de pruebas omitidas	(SU-477/97)	1033
VIA DE HECHO POR FISCAL REGIONAL EN INDAGATORIA	(S. T-432/97)	616
VIA DE HECHO- Inexistencia por no alteración contenido de sentencia	(S. T-461/97)	889
VIA DE HECHO-Carácter excepcional y restringido	(S. T-483/97)	943
VIA DE HECHO-Falta de consideración de medio probatorio que determina sentido del fallo	(SU-477/97)	1033
VIA DE HECHO-Falta de garantía constitucional básica	(S. T-432/97)	616
VIA DE HECHO-Inexistencia al inadmitir por caducidad acción de reparación directa	(S. T-457/97)	793
VIA DE HECHO-No decreto de prejudicialidad	(SU-478/97)	1047
VIA DE HECHO-No se estructura por simple disparidad de criterios sobre normas	(S. T-461/97)	889
VIA DE HECHO-Volver las cosas a la situación predelictual por sustracción de título valor	(SU-478/97)	1046
VIGENCIA	(S. C-443/97)	186
VIOLACION DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Alcance	(S. C-448/97)	257
VIOLACION DE RESERVA DE LEY ESTATUTARIA-Vicio de competencia	(S. C-448/97)	257
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Improcedencia de tutela	(S. T-460/97)	880
VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Medida de protección	(S. T-460/97)	880