

ITINERARIO DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE CONTROL CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Johanna del Pilar Cortés Nieto
Oscar José Dueñas Ruíz
Beatriz Londoño Toro
Blanca Patricia Orjuela Ramírez
Gloria Ortiz Delgado
Edgar Ospina Duque
María Teresa Palacios Sanabria
Carlos Alberto Parra Dussan
Dídima Rico Chavarro





UR

Itinerario de la
jurisprudencia colombiana
de control constitucional
como mecanismo de
protección de Derechos
Humanos

Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de protección de Derechos Humanos

Johanna del Pilar Cortés Nieto
Oscar José Dueñas Ruíz
Beatriz Londoño Toro
Blanca Patricia Orjuela Ramírez
Gloria Ortiz Delgado
Edgar Ospina Duque
María Teresa Palacios Sanabria
Carlos Alberto Parra Dussan
Dídima Rico Chavarro



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2009 Editorial Universidad del Rosario
© 2009 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2009 Johanna del Pilar Cortes Nieto, Oscar José Dueñas Ruíz, Beatriz Londoño Toro,
Blanca Patricia Orjuela Ramírez, Gloria Ortiz Delgado, Edgar Ospina Duque,
María Teresa Palacios Sanabria, Carlos Alberto Parra Dussan, Dídima Rico Chavarro

ISBN: 978-958-738-036-1

Primera edición: Bogotá, D.C., noviembre de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Andrés Cote
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Imprenta: Xpress
Editorial Universidad del Rosario
Cra. 7 No. 13-41 Oficina 501 Tel.: 2970200 - ext. 7724
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario.

Itinerario de la jurisprudencia colombiana de control constitucional como mecanismo de
protección de derechos humanos / Facultad de Jurisprudencia. Bogotá:
Editorial Universidad del Rosario, 2009.
596 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-036-1

Control de constitucionalidad – Colombia / Colombia - Derecho constitucional / Derechos
humanos – Legislación – Colombia / Estado social de derecho – Colombia / I. Londoño Toro,
Beatriz / II. Título / III. Serie.

342.861 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Introducción	21
--------------------	----

Primera parte

Control judicial constitucional como mecanismo de protección de los derechos humanos

1. Método y contexto

Oscar José Dueñas Ruíz

1.1. La jurisprudencia analítica	27
1.2. La racionalidad y la ideología.....	29
1.3. Parámetros para la selección de la jurisprudencia sobre derechos humanos	31
1.4. Método empleado para hallar la <i>ratio decidendi</i>	32
1.5. Manera de trabajar el precedente. El precedente no es solamente conocer el antecedente. Necesidad de depurar la información.....	33
1.6. Necesidad de hallar, en la jurisprudencia constitucional colombiana, un elemento común desde 1886 hasta 2008	38
1.7. Sentencias relevantes	42

2. Derechos humanos y derechos fundamentales

Oscar José Dueñas Ruíz, Johanna del Pilar Cortés Nieto,
Carlos Alberto Parra Dusan

2.1. Delimitaciones.....	45
2.2. Concepto y origen de los derechos humanos	47
2.3. Concepto político-normativo de los derechos humanos	53
2.4. Concepto jurisprudencial	54
2.5. Los derechos fundamentales	55
2.6. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	58

2.7.	Discusión sobre la naturaleza fundamental de los DESC	61
2.8.	Criterios de escrutinio de la constitucionalidad frente a los derechos fundamentales	64
2.9.	Derechos humanos y derechos fundamentales como derechos subjetivos	66
2.10.	Derechos adquiridos	71

3. Constituciones y control constitucional en Colombia

Gloria Ortiz Delgado, María Teresa Palacios Sanabria, Oscar José Dueñas Ruíz,
Edgar Ospina Duque, Blanca Patricia Orjuela Ramírez

3.1.	Las primeras constituciones y el incipiente control judicial constitucional.....	77
3.2.	La Constitución de 1886 y la “legalización” de los derechos constitucionales.....	80
3.3.	La reforma constitucional de 1910, avance del control judicial constitucional.....	85
3.4.	Reforma Constitucional de 1936	86
3.5.	Reforma constitucional de 1945.....	89
3.6.	Reforma constitucional de 1968 como nuevo enfoque del Estado	91
3.6.1.	Ampliación de garantías constitucionales.....	91
3.6.2.	La reforma frente a la distribución de funciones entre las ramas del poder público.....	94
3.6.3.	La Corte Suprema de Justicia asume un nuevo rol en materia de garantías.....	96
3.7.	La nueva Constitución de 1991.....	96
3.7.1.	La Constitución de 1991 se apoyó en dos decretos de estado de sitio	97
3.7.2.	Generalidades de la Constitución de 1991	99
3.7.3.	Constitución de 1991, una nueva idea del constitucionalismo.....	101
3.8.	Acción de inconstitucionalidad a partir de 1991	104
3.8.1.	Concepto	104

3.8.2.	Legitimación por activa.....	106
3.8.3.	Oportunidad para presentar la demanda.....	106
3.8.4.	Requisitos de la demanda.....	107
3.8.5.	Proceso constitucional.....	109
3.8.6.	Sentencias de la Corte Constitucional	111
3.8.7.	Cosa juzgada	111
3.8.8.	Referencia a la modulación de los efectos de los fallos ...	113

4. Interpretación constitucional (hermenéutica de primer nivel)

Oscar José Dueñas Ruíz

4.1.	Pensamiento filosófico	117
4.2.	Influencia de la ideología	119
4.3.	Incidencia de lo político y de lo económico.....	119
4.4.	Particularidades de la interpretación constitucional.....	121
4.5.	Hermenéutica de primer nivel hecha por los tribunales constitucionales.....	123
4.6.	Hermenéutica de segundo nivel	124
4.6.1.	Hermenéutica de segundo nivel hecha a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	124
4.6.1.1.	Don Fernando Garavito, un estudioso que proyecta la jurisprudencia	125
4.6.1.2.	Tafur Morales, un humanista que analiza la jurisprudencia.....	126
4.6.2.	Hermenéutica de segundo nivel a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	129
4.6.2.1.	Los impresionistas.....	130
4.6.2.2.	Los neo-impresionistas o “puntillistas”	132
4.6.2.3.	Los expresionistas.....	134
4.6.2.4.	Los expresionistas abstractos.....	135
4.6.2.5.	Los naïfs.....	137
4.6.2.6.	La enseñanza de Picasso	138

5. Los guardianes de la Constitución

Oscar José Dueñas Ruíz, Dídima Rico Chavarro

5.1. Inicio difícil	142
5.2. El Acto Reformatorio No. 3 de 1910 y su nueva Corte	144
5.3. Cortes anteriores a la “Revolución en marcha”	145
5.4. La Corte durante el primer gobierno de López Pumarejo	145
5.5. El estado de sitio casi permanente	147
5.6. Reforma de Rojas Pinilla	149
5.7. Reforma de Carlos Lleras Restrepo y sus implicaciones.....	151
5.8. Última década del control en la Corte Suprema de Justicia.....	153
5.9. La Corte Constitucional provisional y el proceso de ruptura	154
5.10. Las Cortes Constitucionales del artículo 239 de la Constitución Política	156

6. Producción jurisprudencial

Beatriz Londoño Toro, Oscar José Dueñas Ruíz, Edgar Ospina Duque

6.1. Visión cuantitativa respecto al trabajo de las dos Cortes.....	159
6.2. Primera lectura a la producción jurisprudencial antes señalada....	170
6.2.1. Visión desde el punto de vista socio-político.....	170
6.2.2. Visión desde el punto de vista de las sentencias	174
6.2.3. Los fallos de coyuntura impiden la visión sobre la jurisprudencia.....	179
6.2.4. Conclusiones respecto a las sentencias de coyuntura	181
6.2.4.1. El Acuerdo de 1900	181
6.2.4.2. La “revolución” que según la Corte motivó el plebiscito de 1957	185

Segunda parte

Itinerario jurisprudencial

1. Introducción a la Carta de los Derechos

Oscar José Dueñas Ruíz, Johanna del Pilar Cortés Nieto, Gloria Ortiz Delgado

1.1.	Estado Social de Derecho	191
1.1.1.	Dimensión cuantitativa y cualitativa del Estado Social de Derecho	192
1.1.2.	Introducción de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales y, por ende, de los derechos humanos	194
1.2.	El dilema del Estado de Bienestar	195
1.2.1.	Pilares del Estado de Bienestar	197
1.2.2.	Crisis del Estado de Bienestar	198
1.2.3.	Tipos de Estado de Bienestar y su reflejo en la jurisprudencia constitucional colombiana	199
1.2.4.	¿Se reestructura el Estado de Bienestar?	200

2. Derechos económicos, sociales y culturales

Oscar José Dueñas Ruíz, Johanna del Pilar Cortés Nieto, Edgar Ospina Duque

2.1.	Aspectos generales	204
2.1.1.	Características	204
2.1.2.	Principio de progresividad	206
2.1.3.	Los derechos sociales, económicos y culturales deben respetarse en cualquier modelo.....	207
2.2.	Análisis de la jurisprudencia sobre derecho al trabajo	208
2.2.1.	La jurisprudencia sobre el derecho al trabajo anterior a 1991	208
2.2.2.	Una jurisprudencia pedagógica y garantista en la Corte Constitucional.....	214
2.3.	Análisis de la jurisprudencia sobre seguridad social en su conjunto	215

2.4.	Análisis de la jurisprudencia sobre pensiones.....	216
2.4.1.	Precedentes remotos en la Corte Suprema de Justicia sobre el tema pensional	216
2.4.2.	Pensiones de militares y dificultad para la revisión	217
2.4.3.	La pensión considerada como una deuda de la Nación	220
2.4.4.	El tema de los derechos adquiridos en la Corte Suprema de Justicia.....	221
2.4.5.	El gran salto en cuanto al respeto de los derechos adquiridos del pensionado.....	222
2.4.6.	Momento culminante de la jurisprudencia en pensiones: solidaridad e irrevocabilidad	224
2.4.7.	Jurisprudencia de la Corte Constitucional, dos grupos de fallos	226
2.4.7.1.	Régimen de transición.....	228
2.4.7.2.	Regímenes especiales	229
2.4.7.3.	Bonos pensionales	230
2.4.7.4.	Sentencias sobre la Ley 797 de 2003.....	231
2.4.8.	Otras sentencias garantistas sobre derechos adquiridos y pensiones.....	235
2.4.9.	Mesada catorce.....	236
2.5.	Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la salud	238
2.5.1.	La jurisprudencia relativa a obligaciones de asequibilidad	238
2.5.1.1.	Destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud.....	239
2.5.1.2.	Ampliación progresiva de los recursos destinados a la financiación del servicio de salud.....	246
2.5.2.	La jurisprudencia relativa a las obligaciones de accesibilidad	250
2.5.2.1.	Afiliación al sistema	253
2.5.2.2.	Acceso a tratamientos de alto costo.....	258

2.5.3.	La jurisprudencia relativa a las obligaciones de adaptabilidad	259
2.5.4.	La jurisprudencia relativa a las obligaciones de aceptabilidad: vigilancia y control estatal.....	262
2.6.	Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho al salario	268
2.6.1.	Oscilaciones en la Corte Suprema de Justicia.....	269
2.6.1.1.	Impedimento constitucional para que los sueldos de los parlamentarios se aumentaran	269
2.6.1.2.	Ausencia de protección para el salario de los empleados públicos	270
2.6.1.3.	Sentencias que, por el contrario, defendieron el salario.....	270
2.6.1.4.	El valorismo en algunas sentencias de casación	272
2.6.2.	Corte Constitucional. De una posición garantista a un matiz neoliberal en el tema salarial	274
2.6.2.1.	Principios que gravitan sobre el tema salarial.	275
2.7.	Análisis de la jurisprudencia sobre cesantías	277
2.8.	Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho de asociación.....	278
2.9.	Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho de huelga	298
2.9.1.	Sentencias C-201 de 2002 (garantista) y de 9 de diciembre de 1969 (restrictiva)	298
2.9.2.	Línea temerosa sobre huelga.....	303
2.10.	Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la educación	308
2.10.1.	La jurisprudencia sobre obligaciones de asequibilidad ...	311
2.10.2.	La jurisprudencia sobre las obligaciones de accesibilidad.....	313
2.10.2.1.	Los bonos escolares constituyen límites de acceso al sistema educativo.....	313
2.10.2.2.	Trabajo infantil y ciclo de educación obligatoria	315
2.10.3.	Jurisprudencia sobre las obligaciones de adaptabilidad ...	318

2.10.3.1. La educación religiosa no puede ser obligatoria	318
2.10.3.2. Educación bilingüe	319
2.10.4. Jurisprudencia sobre obligaciones de aceptabilidad.....	320
2.10.4.1. Profesionalización, carrera y escalafón docente.....	320
2.10.4.2. Programas de bienestar y deporte	325
2.10.4.3. Continuidad y debido proceso	327
2.10.4.4. Exámenes de suficiencia y calidad educativa .	328
2.10.5. Jurisprudencia sobre las obligaciones que se desprenden de la faceta de libertad del derecho a la educación. La autonomía universitaria como garantía de la libertad de enseñanza	328
2.11. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materias económicas	332
2.11.1. Constitucionalismo económico en la jurisprudencia de la Corte Suprema y teoría de la argumentación	335
2.11.2. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a una vivienda digna. Posición humanista de la Corte Constitucional.....	339
2.11.2.1. Contenido del derecho a una vivienda digna..	339
2.11.2.2. Jurisprudencia sobre obligaciones relativas a la seguridad de goce de la vivienda	340

3. Derechos colectivos

Beatriz Londoño Toro, María Teresa Palacios Sanabria

3.1. Análisis de la jurisprudencia sobre función ecológica y social de la propiedad.....	353
3.1.1. Generalidades del concepto de función ecológica y social de la propiedad.....	353
3.1.2. Enfoque jurisprudencial frente a la función social y ecológica de la propiedad	356
3.1.3. El Código Civil se replantea frente a la función social.....	356

3.1.4.	Aparición de la función ecológica en el orden jurídico colombiano	368
3.2.	Análisis de las sentencias de control automático en los temas del derecho al ambiente sano, la protección de la diversidad biológica, los ecosistemas y especies en vía de extinción	375
3.2.1.	Generalidades	375
3.2.2.	Los debates en las acciones de inconstitucionalidad.....	378
3.2.2.1.	La biodiversidad, su concepto y protección....	378
3.2.2.2.	El concepto de desarrollo sostenible	380
3.2.2.3.	Planificación ambiental.....	383
3.2.2.4.	El principio de precaución.....	384
3.2.2.5.	Soberanía sobre los bienes ambientales del Estado y participación ambiental.....	385
3.2.2.6.	La evaluación de impacto ambiental e importancia de la licencia ambiental.....	387
3.2.2.7.	El papel de las autoridades ambientales.....	388
3.2.2.8.	Respeto a los conocimientos tradicionales	389
3.2.2.9.	Libertad de empresa, propiedad y medio ambiente	390
3.2.2.10.	Responsabilidad de los particulares y derecho a la participación.....	393
3.2.2.11.	Responsabilidad penal ambiental de las personas jurídicas.....	393
3.2.2.12.	Problemáticas ambientales.....	395
3.3.	Derecho a la consulta. Estatuto de desarrollo rural y ley forestal	398
3.3.1.	Sentencia C-030 de 2008 sobre la Ley 1021 de 2006	399
3.3.2.	Sentencia C-175 de 2009 sobre la Ley 1152 de 2007	405
3.3.2.1.	La consulta previa legislativa como derecho fundamental	406
3.3.2.2.	Las “reglas” jurisprudenciales	407

3.3.2.3. Consecuencia del incumplimiento del deber de consulta en el caso del Estatuto de Desarrollo Rural	411
--	-----

4. Derechos del menor y la familia

Blanca Patricia Orjuela Ruíz

4.1. Adopción de menores	415
4.2. Debido proceso en actuaciones penales referentes al menor	416
4.3. Derecho a la igualdad y prevalencia del interés del menor	422
4.4. Inasistencia alimentaria	424
4.5. Patria potestad	431
4.6. Prelación de créditos alimentarios a favor del menor	432
4.7. La seguridad social como derecho fundamental del menor.....	434
4.8. Trabajo infantil	436
4.9. Salvamento de voto en procedimiento para sanciones de menores	438
4.10. Protección a los menores después de expedido el Código de la Infancia y la Adolescencia	440

5. Análisis de la jurisprudencia sobre dignidad, libertad, debido proceso y dignidad humana

Dídima Rico Chavarro, Oscar José Dueñas Ruíz, Beatriz Londoño Toro

5.1. Dignidad humana.....	443
5.2. Libertad	445
5.2.1. Jurisprudencia restrictiva antes de 1991	446
5.2.2. Los poderes implícitos del presidente	448
5.2.3. Estado de sitio durante casi medio siglo	451
5.2.4. El Itinerario de la jurisprudencia en la mitad del siglo XX	452
5.2.5. Oasis jurisprudencial.....	455
5.2.6. Jurisprudencia y Guerra Fría	456
5.3. Derechos de libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional	458

5.3.1.	Libre desarrollo de la personalidad.....	460
5.3.2.	Libertad de conciencia.....	462
5.3.3.	La libertad de expresión	465
5.3.4.	Libertad de locomoción	466
5.3.5.	Libertad y seguridad jurídica	467
5.3.6.	Libertad y principio de legalidad	470
5.3.7.	Libertad de información	472
5.3.8.	Libertad de enseñanza	472
5.3.9.	Libertad de parto	473
5.3.10.	Libertad económica, límites	474
5.4.	Debido proceso y acceso a la justicia	476
5.4.1.	Ley estatutaria de administración de justicia	479
5.4.1.1.	Celeridad.....	480
5.4.1.2.	Oralidad y tecnología.....	480
5.4.1.3.	Gratuidad.....	481
5.4.1.4.	Mecanismos alternativos	482
5.4.1.5.	Jurisdicción constitucional (jueces de tutela) ..	482
5.4.1.6.	Jueces indígenas.....	483
5.4.1.7.	Jueces de descongestión	483
5.4.1.8.	Función jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura	483
5.4.1.9.	Competencia residual.....	484
5.4.1.10.	Fiscalía	484
5.4.1.11.	Conciliación y arbitramento	484
5.4.1.12.	Selección en Salas de Casación.....	485
5.4.1.13.	Mapa judicial	486
5.4.1.14.	Juzgados de pequeñas causas	487
5.4.1.15.	Reglamento para las Salas del Consejo de Estado.....	487
5.4.1.16.	Revisión eventual en el Consejo de Estado	488
5.4.1.17.	Motivación para la selección eventual para revisión en el Consejo de Estado	489

5.4.1.18. Turnos para resolver los asuntos	489
5.4.1.19. La informática en la administración de justicia	491
5.4.1.20. Cambio de radicación.....	491
5.4.1.21. Control de legalidad.....	492

6. Análisis de la jurisprudencia sobre derecho a la igualdad

Gloria Ortiz Delgado, Carlos Alberto Parra Dussan

6.1. La igualdad: principio y derecho	496
6.2. El test de proporcionalidad y las acciones afirmativas	498
6.3. Igualdad en materia social y de la nacionalidad.....	501
6.4. Igualdad desde el punto de vista de la nacionalidad.....	502
6.5. La edad como criterio de diferenciación.....	504
6.6. Igualdad y discapacidad.....	508
6.7. Discriminación en atención a origen familiar	518
6.8. Igualdad frente a grupos étnicos y culturales.....	521
6.8.1. Jurisprudencia referente a la comunidad afrocolombiana.....	523
6.8.2. Jurisprudencia referente a las comunidades indígenas....	525
6.8.3. Jurisprudencia relativa a la comunidad raizal.....	528
6.9. Igualdad en materia tributaria	530
6.9.1. Igualdad tributaria	531
6.9.2. Obligaciones de los extremos de la obligación tributaria	531
6.9.3. Tributos.....	534
6.9.4. Recursos parafiscales	536
6.9.5. Monopolio.....	537
6.9.6. Beneficios tributarios	539
6.10. Igualdad por razones de género.....	542
6.10.1. Acciones afirmativas como mecanismo para la equiparación de género	543
6.10.2. Igualdad de género y oportunidades laborales	546
6.10.3. Igualdad de género y la familia.....	547

6.10.4. Igualdad de género y estado civil.....	548
6.10.5. Discriminación en contra de los varones	549
6.10.6. Débil argumentación para mantener diferencia de trato entre hombres y mujeres.....	550
6.10.7. Parejas homosexuales y pensión de sobrevivientes	552

Conclusiones

1. La producción jurisprudencial en constitucionalidad	559
2. Los distintos guardianes de la Constitución	560
3. La cultura del precedente jurisprudencial. Dificultades y logros ...	562
4. Avance respecto a la cultura sobre derechos humanos	565
5. Derechos sociales, económicos y culturales.....	566
6. Derechos colectivos, función social y ecológica de la propiedad.....	573
7. Derechos de la familia y el menor	576
8. Libertades individuales	578
9. Igualdad.....	581
10. Acceso a la justicia	584
11. Derechos adquiridos	585
 Bibliografía.....	 587
 Autores	 593

Introducción

El objetivo de este trabajo fue analizar la jurisprudencia constitucional colombiana desde 1886 hasta 2008, y específicamente las sentencias que se refieren y protegen los derechos humanos.

El objeto a examinar fueron casi 4.000 sentencias de control de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional y 2.682 dictadas por la Corte Suprema de Justicia. Para llevar a cabo este trabajo, se elaboraron fichas de análisis de las sentencias referidas a derechos humanos, a fin de buscar, en primer lugar, su *ratio decidendi*, y en segundo lugar, las líneas jurisprudenciales de protección de derechos humanos y estándares de comportamiento, y ubicar las decisiones dentro del contexto apropiado.

Hay que decir que se leyeron en su totalidad las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia desde 1886 hasta 1968, teniendo como fuente informativa preferencial la *Gaceta Judicial*. Lo más destacado de todas esas providencias hace parte de un trabajo que ya había desarrollado el director de la presente investigación, cuyas conclusiones fueron publicadas, en su época, en la *Revista del Rosario* y en la revista *Derecho Positivo*.

La jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1969 (cuando comenzó a funcionar su Sala Constitucional) hasta 1991 (cuando la Corte Suprema de Justicia perdió la competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad) tuvo el siguiente proceso de análisis: se observaron todos los fallos, también publicados en la *Gaceta Judicial*, y se elaboraron fichas de análisis de aquellos referidos a derechos humanos.

Respecto de la producción de la Corte Constitucional, a partir de 1992, se efectuó su inventario y también se hicieron fichas de análisis de las sentencias relacionadas con la protección de derechos humanos. A partir de las fichas se escogieron los fallos que se estimaron más importantes a efectos de la investigación.

Para el análisis del derecho producido por el órgano límite de la jurisdicción constitucional se buscó establecer un diálogo entre la norma constitucional

y su interpretación. Para ello se acudió al método inductivo;¹ los hechos a tener en cuenta fueron los precedentes jurisprudenciales, es decir, los pronunciamientos judiciales provenientes de acciones de inconstitucionalidad, objeciones a proyectos de ley por inconstitucionalidad o de revisiones de constitucionalidad previas de las normas de rango legal para las que la Constitución así lo prevé.

A partir de los datos suministrados por la producción jurisprudencial, se clasificaron las sentencias para determinar los desarrollos jurisprudenciales, y se buscó identificar en ellas principios, estándares, axiomas o reglas,² si es que caben tales calificativos. Es decir, hubo un acercamiento, no una identificación, con lo planteado por Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos:³ “Se trata de un sistema abierto, en el que el rol de la jurisprudencia no es solamente aplicar, sino establecer las reglas de derecho”.

Se aspira a superar la lectura plana de las jurisprudencias, su recopilación y la confusión entre antecedente y precedente. Podría decirse que es un trabajo de epistemología del derecho porque se tuvo en cuenta no tanto el texto y el contexto de las constituciones expedidas en Colombia durante su vida republicana, sino el texto y el contexto jurisprudencial, fundamentalmente la jurisprudencia relativa a derechos humanos.

Para llevar a cabo este trabajo se contó con la experiencia de varios investigadores que trabajan o han laborado en la Corte Constitucional, con el conocimiento jurídico de los investigadores del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario que integran el presente proyecto investigativo y de investigadores externos, y con el apoyo científico de algunos alumnos de la Facultad de Jurisprudencia de la misma universidad.

¹ Se trata en cierta forma de una disciplina académica dentro de las ciencias sociales cercana al método empleado en las ciencias naturales. Es el método experimental impulsado desde el Renacimiento y que se conoce como método inductivo. Lo importante no es solamente averiguar por qué son las cosas, sino cómo son.

² Hay quienes no comparten la idea de que surgen reglas o principios de la producción jurisprudencial.

³ Antoine Garapon y Ioannis Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Legis, Bogotá, 2006, p. 37.

La investigación se divide en dos partes. La primera sección –“El control constitucional como mecanismo de protección de los derechos humanos”– incluye la descripción metodológica empleada en la investigación, un pequeño análisis del camino hacia una cultura del precedente jurisprudencial constitucional, la contextualización de los derechos que abordó el estudio, la evolución del control judicial constitucional en Colombia, los guardianes de la Constitución y un análisis de la producción jurisprudencial constitucional en general. En esta parte se reseñan además las premisas teóricas, las informaciones históricas, jurídicas e ideológicas y la producción cuantitativa de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

La segunda sección –“El itinerario jurisprudencial”– recoge la carta de los derechos humanos, individualmente considerados, cuya jurisprudencia fue objeto de análisis. Se trata de una especie de “libro blanco” que recogerá la *ratio decidendi* de las sentencias más relevantes respecto de cada uno. En esta parte se aprecia la proyección que la jurisprudencia colombiana le ha dado, especialmente, a los siguientes derechos humanos: libertad, igualdad, debido proceso, propiedad, familia, menor, derechos económicos, sociales, y culturales (DESC), y a los derechos colectivos. Se prefieren los derechos anteriormente enumerados porque son los más destacados en la jurisprudencia constitucional colombiana de ciento veinte años. Al final se incluirán las conclusiones, que vienen a constituir la epistemología de la jurisprudencia constitucional colombiana.

Primera parte

Control judicial constitucional
como mecanismo de protección
de los derechos humanos

1. Método y contexto

Oscar José Dueñas Ruíz*

1.1. La jurisprudencia analítica

Una investigación que preferencia el análisis de la jurisprudencia reconoce la trascendencia que tiene el precedente jurisprudencial. Por eso adquiere particular importancia no olvidar lo que aconteció en Estados Unidos a partir del manejo jurídico expresado en el denominado *classical legal thought* (finales del siglo XIX y principios del siglo XX), porque fue la época de la jurisprudencia analítica.

La pertinencia de acudir al movimiento analítico norteamericano obliga a hacer esta aclaración: ese movimiento desplazó la era tradicional de la jurisprudencia constitucional de ese país, en la cual imperaba la escuela histórica del derecho y cuyo propósito era conservar los postulados de la Constitución de Filadelfia y el pensamiento de los padres fundadores de la república, como se podía observar en los escritos consignados en el periódico *El Federalista*. Esta corriente histórica empleaba el método deductivo, mientras que a partir de los años finales del siglo XIX comenzaría a imperar la jurisprudencia analítica basada en el método inductivo. La jurisprudencia analítica en Norteamérica, en aquella época, fue expresión del racionalismo, del avance científico y, en ocasiones, de la teoría evolucionista de Darwin, algo que hay que manejar actualmente con mucha delicadeza cuando se trata de defender el respeto a los derechos humanos, que no tiene nada que ver con la supremacía del más fuerte (implícita en los postulados de Spencer y Darwin).

Sin embargo, como hay que estudiar las tendencias jurisprudenciales a partir de casos concretos, para así contribuir al desarrollo de una línea de pensamiento jurídico humanista comprometida con la profundización de la igualdad, la libertad y la justicia social, apoyada en la fuerza vinculante del precedente judicial y la difusión de la cultura constitucional, entonces no es

* Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

un despropósito aceptar en parte la siguiente dimensión de lo analítico hecha por Solar Cayón al estudiar el desarrollo de la jurisprudencia norteamericana:

De modo que el jurista analítico, en su pretensión de elaborar una auténtica ciencia jurídica, partía de la idea de que el derecho, no menos que otros órdenes objeto de conocimiento científico, se encuentra dotado de una estructura racional y objetivamente determinable. Y sus esfuerzos estuvieron dirigidos a descubrir las líneas fundamentales del sistema jurídico inductivamente, esto es, procediendo ahora a partir de la observación, análisis y clasificación del material jurídico positivo. Del mismo modo que se consideraba que la tarea del científico de la naturaleza era la clasificación de los datos empíricos y la formulación de hipótesis generales que hicieran inteligibles sus conexiones, el jurista de este momento se afanó en la adecuada clasificación de la experiencia jurídica –fundamentalmente los precedentes judiciales– y el descubrimiento de los principios que regían la misma.¹

Hay que recordar que a diferencia del sistema anglosajón, que da gran importancia a los casos y al precedente jurisprudencial, hasta hace muy poco tiempo en los países iberoamericanos lo preponderante era el modelo continental europeo. Durante muchos años en Colombia se estimó que solamente la ley era fuente del derecho y que los jueces eran sus portavoces. Además, lo único que fue tenido en cuenta del modelo norteamericano era el control judicial constitucional, que tendría gran importancia a partir del Acto Legislativo No. 3 de 1910; claro que se hizo mención, por la Corte Suprema de Justicia, entre 1919 y 1929, de algunas sentencias del juez Marshall.²

Lo normal durante muchas décadas fue que los operadores jurídicos acudieran a la ley y a la doctrina, era palpable la influencia francesa. La jurisprudencia se consideraba como una fuente auxiliar para el juez. Esa supremacía

¹ José Ignacio Solar Cayón, *Política y derecho en la era del New Deal, del formalismo al pragmatismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 20.

² Citándolo equivocadamente, como en el caso de las facultades implícitas al presidente, Sentencia de 21 de noviembre de 1919.

de la ley se aprecia en la trascendencia que se le dio al Código Civil Napoleónico y, por supuesto, en el impacto que en los siglos XIX y XX tuvo el sistema jurídico continental o romano-germánico. Solamente en las labores de la Corte Constitucional se impulsaría con fuerza la cultura del precedente.

1.2. La racionalidad y la ideología

La ideología es una creencia, no siempre coincide con la verdad, y por eso no es una ciencia. Tampoco apunta hacia la validez; su importancia radica en su capacidad de controlar comportamientos humanos en un momento determinado. Entonces, el criterio de aceptación de una idea (ideología) ha sido por lo regular no tanto su condición de verdadera o válida, sino de que se estime “justa”.

De ahí que al estudiarse sentencias escritas por seres humanos debe tenerse en cuenta la ideología que se supone existía en el instante de dictarse aquellas. Es aquí donde ya hay que examinar con beneficio de inventario el *classical legal thought*, porque su objetivo era, al menos eso se pensaba, la autonomía de la decisión judicial, la neutralidad e imparcialidad, para que no se contara con interferencias extrañas. Especialmente se buscaba por los apologistas del *classical legal thought* descontaminar el quehacer jurídico de la política. Se llegó inclusive a desconfiar de la legislación, se consideraba que el jurista trabajaba con elementos racionales mientras el político se movía en lo contingente. De ahí no había sino un solo paso a la idea de que el derecho lo hacían los jueces que hallaban la solución jurídica, por eso en el sistema de casos se estudian aquellas decisiones que se califican como correctas.

De este modo, el ideal de una administración científica del derecho se oponía frontalmente a cualquier tipo de razonamiento jurídico consecuencialista o teleológicamente orientado. El derecho pretendía configurarse así, como un orden autónomo y autosuficiente que responde a una lógica interna independiente de cualquier consideración extrajurídica (ya sea social, política, económica, etc.).³

³ Solar Cayón, *op. cit.*, p. 27.

La verdad es que esa aparente neutralidad no podía escapar a la concepción individualista, ni a la ideología del operador jurídico, en un momento en el cual imperaba en Estados Unidos la liberación de las leyes económicas y se resaltaba el derecho de libertad, pero en cuanto justificara la libertad económica, es decir, el planteamiento del *laissez faire* de la economía clásica. Se hablaba además de la teoría de Darwin y de Spencer en el derecho, porque según estos pensadores la libertad conlleva la desigualdad, se impone la supervivencia del más apto que, obviamente, en ese instante y aún ahora, sería el propietario, el capitalista; de ahí que la sentencia *Lochner vs. Nueva York* hizo exclamar al juez Holmes, en su famosísimo salvamento de voto: “La Decimocuarta Enmienda [invocada en dicho caso por la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados Unidos] no codifica la estática social de Herbert Spencer”.⁴

Es decir que la autonomía judicial, como estilo que se diferenciaría de los comportamientos políticos, en esa época de la interpretación constitucional norteamericana no era otra cosa que la protección a ultranza de los derechos de libertad, tanto económica como contractual, y del derecho de propiedad, lo cual implicó una constitucionalización del modelo económico liberal clásico. No sobra aclarar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que va desde 1890 hasta 1937 va a ser modificada, va a ser superada por la “revolución constitucional limitada” con contenido social, se va a imponer el realismo. Es así como la Corte Suprema de los Estados Unidos, con posterioridad a la política del *New Deal*, cambió la jurisprudencia y admitió políticas sociales, es decir, permitió que se desarrollaran modelos económicos diferentes al liberal.

Sin dejar de lado la experiencia norteamericana, pero sin tenerla como un referente indispensable, debe observarse la jurisprudencia constitucional colombiana, dentro de un contexto racional e ideológico.

No sobra advertir, desde ya, que en la mayor parte de la producción jurisprudencial colombiana se aceptó la racionalidad formal y no se abogó por una elaboración de líneas jurisprudenciales dentro de parámetros esquemáticos.

⁴ *Ibid.*, p. 32.

1.3. Parámetros para la selección de la jurisprudencia sobre derechos humanos

Una labor investigativa sobre producción jurisprudencial no es solamente cuantitativa, tampoco se trata de una lectura insípida de los fallos. Es una hermenéutica de segundo nivel para un mayor grado de conocimiento de la jurisprudencia nacional, que apunte hacia un estudio cualitativo de la jurisprudencia constitucional producida por la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991 para integrarla con la de la Corte Constitucional y construir hipótesis globales que puedan conducir a conclusiones integrales.⁵

Se sostiene que tienen el mismo valor tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando no existía Corte Constitucional.⁶

La importancia del estudio conjunto se respalda en la inexistencia de una normatividad que permitiera preferenciar la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando tenía competencia para el control judicial constitucional concentrado, y, además, en dos razones adicionales: i) la acción de inconstitucionalidad establecida en la Constitución de 1991 es prácticamente la misma que se consagró desde el Acto Legislativo No. 3 de 1910; ii) durante todo el siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI no ha habido un cambio estructural profundo en la sociedad colombiana; se han dado, como es apenas natural, modificaciones, acontecimientos importantes, casi siempre derivados de circunstancias internacionales, pero no ha acontecido en Colombia ninguna revolución burguesa, ni socialista, ni de ningún otro contenido.

Tratándose de temas jurídicos, hay que preferenciar algunos; los seleccionados responden a los siguientes parámetros:

⁵ Excepcionalmente se hará referencia a algunos salvamentos de voto en razón de su importancia jurídica.

⁶ No se contempla la jurisprudencia de las Salas de Casación –Civil, Penal, Laboral–, ni los pronunciamientos del Consejo de Estado en las acciones de nulidad porque no hacen parte, propiamente, de la interpretación constitucional.

- Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y dentro de ellos especialmente los referentes a la salud, al trabajo y a las pensiones, son recurrentes en la jurisprudencia de las dos cortes, luego ocupan un lugar importante dentro de lo investigado.
- También son numerosas y relevantes las sentencias que se refieren a los derechos de libertad y, dentro de ellos, el debido proceso en particular, por consiguiente su estudio no puede quedar excluido.
- Aunque el derecho de igualdad fue motivo de muy pocas sentencias en la Corte Suprema de Justicia, ocupa, por el contrario, el primer lugar en la producción de la Corte Constitucional, por eso es necesario examinarlo.
- Los derechos colectivos son una novedad en la Constitución de 1991 y la investigación es en cierta forma pionera en este aspecto.
- Los derechos de la familia y del menor y el derecho de propiedad no son los mayoritarios en la jurisprudencia constitucional nacional, pero tiene sentido práctico conocer el comportamiento respecto de ellos.

Las sentencias seleccionadas de estos temas lo fueron por el conocimiento previo de su importancia, porque son mencionadas por los doctri- nantes y porque en los mismos fallos se invocan los precedentes relevantes, luego se observan tales sentencias no de una forma pasiva, sino dentro de su contexto, en ocasiones bajo crítica y siempre buscando la conformación de parámetros que permitan la garantía de los derechos humanos.

1.4. Método empleado para hallar la *ratio decidendi*

Se confeccionaron fichas durante la investigación, ellas contienen los antecedentes de la decisión, los argumentos que la sustentan y la decisión misma; este método facilita hallar la *ratio decidendi* de los fallos. Se eligie- ron aquellas argumentaciones que tienen relevancia y recogen la defensa de los derechos humanos.

Fuera de los elementos teóricos que permiten la comprensión de lo que será la *ratio decidendi*, también se tuvieron en cuenta los elementos que permiten darle valor vinculante a las sentencias constitucionales. Para ello se

tomaron los parámetros que señala la Sentencia T-292 de 2006⁷ al respecto. Estos son:

El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas.⁸ ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la *ratio decidendi*, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima,⁹ como se comentará en el apartado e) de este capítulo.

1.5. Manera de trabajar el precedente. El precedente no es solamente conocer el antecedente. Necesidad de depurar la información

La ardua labor de la búsqueda del precedente, dentro de miles de sentencias, obliga a no confundir el precedente con la última sentencia sobre un tema, y a admitir que la cultura del precedente no es una “codificación” de varias *ratio decidendi*. Lo anterior ofrece muchas dificultades prácticas en el caso

⁷ También puede consultarse la Sentencia T-1046 de 2005.

⁸ Nótese además que tanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como el inciso 1.º del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen también esta fuerza vinculante. En el caso del inciso 1.º, se expresa claramente que son vinculantes las sentencias de constitucionalidad, tanto para las autoridades como para los particulares.

⁹ Sobre estas consideraciones hará referencia el aparte e) de esta providencia. En todo caso, ver las sentencias T-123 de 1995 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz); T-260 de 1995 (M.P.: José Gregorio Hernández); C-252 de 2001 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz); C-836 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil); SU-047 de 1999 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero) y T-698 de 2004 (M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

colombiano porque existe la idea generalizada de que basta con conocer la última jurisprudencia expedida por una alta Corte para no apartarse de ella. El problema de esta creencia radica en que con frecuencia acontece que la última decisión constituye un rompimiento abrupto con los pronunciamientos anteriores, una reconsideración total de lo que se venía diciendo, debido especialmente a cambios en la correlación de fuerzas dentro de una corporación judicial y no a una evolución jurisprudencial.

Si se examina con frialdad en qué consiste el precedente, se comprobará que se trata más de un proceso que de un caso aislado. Papadopoulos y Garapon¹⁰ dicen lo siguiente al respecto:

Por el contrario, el movimiento del *common law* no se detiene jamás; las reglas son precisadas a medida que los casos nuevos se presentan, que obligan a los jueces a retomar sus decisiones para tener en cuenta nuevas particularidades. Hay, pues, algunas innovaciones, pero ninguna de ellas puede ser válida a priori, les corresponderá a las generaciones futuras decir, apoyándose en la experiencia, si aquéllas fueron útiles o pertinentes. De este modo, el sistema jurídico evoluciona insensiblemente, sin conocer jamás una reconsideración de conjunto, sobre puntos particulares y no sobre principios, por la toma en cuenta de la inadecuación entre las exigencias de la justicia y el estado presente de ciertas reglas.

También existe la costumbre equivocada de compilar caóticamente, sin eliminar la producción irrelevante o extraña a una línea jurisprudencial. Este comportamiento se debe a que subsiste el afán codificador, propio de la escuela pandectista.

No faltan quienes desean convertir a la jurisprudencia en norma jurídica que obligaría a subsumir el caso concreto posterior dentro de aquella. Eso sería regresar a un formalismo jurídico a ultranza, y podrían aparecer como normas jurídicas las *ratio decidendi* de sentencias que indudablemente afectaron los derechos humanos.

¹⁰ *Op. cit.*, p. 37.

En Colombia aún no se ha conformado completamente una generación de juristas que se comprometa a fondo con la cultura del precedente. Paradójicamente sí existe la idolatría a la última jurisprudencia de las altas Cortes. Es más, un “seguidismo” para no contrariar lo que indique el magistrado de turno. Ante este comportamiento es importante recordar que la Carta de 1991 establece la autonomía del juez, pero compaginada con el derecho a la igualdad (sería igualdad interpretativa). En este sentido la Corte Constitucional ha dicho que si una nueva decisión (provenga del juez que fuere) se aparta del precedente, se debe explicar la razón del disenso y debe basarse en razones de peso.

La confusión entre precedente y antecedente obstaculiza la dinámica creadora del operador jurídico. En la Sentencia T-1317 de 2001 de la Corte Constitucional se hace la siguiente alusión:

El precedente judicial se construye a partir de los hechos de la demanda. El principio general en el cual se apoya el juez para dictar su sentencia, contenido en la *ratio decidendi*, está compuesto, al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El supuesto de hecho define el ámbito normativo al cual es aplicable la subregla identificada por el juez.

En la Sentencia T-292 de 2006 se precisó también:

En este sentido, y dada su importancia, surge, sin embargo, la siguiente inquietud a la hora de determinar un precedente: ¿debe entenderse por *precedente* cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio? La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la *ratio* es diferente al *obiter dicta*). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la *ratio decidendi* de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la *ratio*. En otras palabras,

si aplica tal *ratio decidendi* para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluír los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no:

En la *ratio decidendi* de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente.

La *ratio* debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante.

Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”.¹¹

Estos tres elementos hacen que una jurisprudencia sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el *precedente* aplicable, como aquella jurisprudencia anterior y *pertinente* cuya *ratio* conduce a una regla –prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.

Por consiguiente, el precedente sólo se materializa en casos posteriores; no puede ser algo abstracto porque su esencia es práctica, de ahí que no sea tan lógico afirmar que la *ratio decidendi* tiene la trascendencia de reglas o de subreglas, como lo plantean varios estudiosos en Colombia y la Defensoría del Pueblo. La *ratio decidendi* es una premisa, un elemento informador, no una camisa de fuerza.

Por último, la depuración de las sentencias para hallar el precedente es lo que se denomina, dentro del arte de investigar, la “navaja de Ockham”. La

¹¹ Sentencia T-1317 de 2001. M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

depuración es indispensable porque pueden existir jurisprudencias encontradas y, por consiguiente, si no se lleva a cabo esta labor se crearía una confusión en detrimento de la protección de los derechos humanos.

La depuración de la información es el instrumento que permite ascender de la jurisprudencia analítica a la jurisprudencia de conceptos. La observación de la *ratio decidendi* en varios fallos, la escogencia de algunos y exclusión de otros, permite darle cuerpo a un acumulado de principios rectores en el campo de los derechos humanos. Para ello, como lo señala Solar Cayón:

Una vez definidas las categorías fundamentales que formaban el armazón del sistema y establecidos los principios básicos que habían de articular sus relaciones recíprocas, los esfuerzos del jurista se dirigieron a la identificación y depuración de “anomalías”, esto es, de todos aquellos materiales jurídicos particulares que se resistían a ajustarse a dicho esquema racional. Así, aquellas decisiones judiciales que no podían ser acomodadas en las coordenadas lógicas del sistema quedaban relegadas a la condición de inevitables irregularidades o impurezas carentes en todo caso de fuerza obligatoria como precedentes.¹²

Las coordenadas del sistema surgen de analizar, en primer lugar, qué son los derechos humanos. También, para lograr la articulación, es prudente hacer uso de estándares “que permitan contrarrestar los efectos formalistas que inevitablemente cristalizan en toda organización de normas como sistema”.¹³ Es acá donde la hermenéutica de segundo nivel va a tener una gran trascendencia: la jurisprudencia no solamente ilustra (art. 230 C.P.), también conforma categorías y nociones que son ya un acumulado histórico, con una enorme carga jurídica, política, social, que son condiciones indispensables para lograr una sociedad justa.

¹² Solar Cayón, *op. cit.* p. 25.

¹³ Fernando de Trazegnies Granda, *Postmodernidad y derecho*, Temis, Bogotá, 1993, p. 64.

1.6. Necesidad de hallar, en la jurisprudencia constitucional colombiana, un elemento común desde 1886 hasta 2008

En el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana se puede señalar como hipótesis que, salvo algunas excepciones, el denominador común ha venido siendo el humanismo. Lo anterior no quiere decir que no hayan existido diferencias palpables entre la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la de la Corte Constitucional; vale la pena mencionar las siguientes:

- a) La Constitución de 1886 y el Plebiscito de 1957 son distintos a la Constitución de 1991, luego la interpretación puede diferir.
- b) La diferenciación es más palpable cuando se toma, por ejemplo, el derecho de igualdad, pues este derecho no aparecía en la Constitución de 1886, por eso durante más de un siglo solamente en pocas ocasiones fue invocado por la Corte Suprema, mientras la Constitución de 1991 sí lo consagra en toda su dimensión y ello ha permitido que la Corte Constitucional elabore reglas, “tests” y acuda a distintos tipos de juicio para determinar su vulneración.
- c) En lo que tiene que ver con el derecho de libertad, durante la vigencia de la Constitución de 1886, la presencia casi constante del estado de sitio implicó una jurisprudencia constitucional poco garantista de las libertades. La Corte Constitucional (en sus primeros años) y la Constitución de 1991 tienen, por el contrario, perfiles muy liberales en este sentido.
- d) Examinada la producción de la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991 se puede concluir que, salvo en contadas ocasiones, se trabajó con la lógica formal porque se hacía el examen de la norma acusada (ley o decreto) para deducir si podía ser o no subsumida por las disposiciones constitucionales. El método interpretativo era generalmente el exegético (estudio gramatical e histórico de la Constitución). Además, se efectuaba una interpretación de primer nivel en la que en un extremo estaba la Constitución (como norma general) y en el otro la norma acusada que se examinaba para ver si era o no inexecutable. El precedente jurisprudencial no tenía tanta importancia, el método era deductivo. Se consideraba en la mayoría de los casos que lo

demandado se ajustaba a las exigencias constitucionales.¹⁴ Por el contrario, en la producción de la Corte Constitucional se ha preferido el método inductivo, se ha procurado una ordenación racionalista de la producción jurisprudencial y se ha impulsado la cultura del precedente.

- e) Otro aspecto que no puede pasar desapercibido es la tremenda importancia que tuvo el derecho civil, y particularmente el Código Civil Napoleónico, antes de la Constitución de 1991. La expedición del Código Civil en Francia, en 1804, es coetánea con el avance del racionalismo que tenía la ilusión de aprehender la verdad. Como corolario de lo anterior, la escuela de la exégesis también creó la ilusión de haber logrado una verdadera interpretación de las normas. Debido a ello se facilitó la confusión entre derecho y ley, y se llegó al fetichismo de la ley escrita. Según Bonnecase, la codificación condujo al “dogma de la presencia real del Legislador en la universalidad de la vida social”. Dice Luis Eduardo Nieto Arteta, en su texto sobre interpretación jurídica, que la exégesis ligada al principio de la seguridad jurídica fue el producto del optimismo de la burguesía triunfante.¹⁵ En Colombia, a mediados del siglo XIX, superada la vetusta economía colonial y su sustento jurídico (derecho de Castilla, derecho indiano, fueros, etc.), se le abrió el camino al Código Civil Napoleónico. Fue adoptado, en la versión de don Andrés Bello, con modificaciones, como ley nacional en 1873 y por la Ley 57 de 1887 se determinó nuevamente que rigiera como norma general.¹⁶ Pero la adopción del Código Civil no concordaba con un despegue del capitalismo industrial en nuestra patria, ni siquiera con la fe en el poder de la razón individual. Por eso, en la práctica, se mantuvo una férrea protección jurídica a la estructura agraria, estamentaria; se puede

¹⁴ Las disposiciones basadas en tratados y convenios internacionales aprobados por Colombia no eran apreciadas en el análisis jurídico de la Corte Suprema de Justicia porque no se aplicaba la teoría del bloque de constitucionalidad.

¹⁵ Desde otra óptica, “el código civil es el libro de oro de la sociedad que produce y vende mercancías”. Antonio Cabriola, *Ensayos sobre la concepción materialista de la historia*, Bonnet, París, 1928, p. 196.

¹⁶ El Código Chileno fue adoptado como ley del Estado de Santander en 1858 y del Estado de Cundinamarca en 1859.

afirmar que la ideología feudal de los terratenientes orientó comportamientos políticos y judiciales y aún hoy los sigue orientando. En estas condiciones, la ley escrita fue el objetivo principal de los estudios jurídicos, y en la mayoría de las facultades de derecho las normas se aprendían de memoria, sin ningún espíritu crítico. Quizás lo que más se observó de la estructura civilista, por parte de los juristas educados dentro de ella, fue la función de la seguridad jurídica. En este aspecto sí se aceptó la modernidad. Era un derecho inmóvil. Para justificarlo históricamente se dijo que se trataba del sistema romano-germánico propio de nuestros pueblos conquistados por España. En estas circunstancias el conocimiento del derecho romano era preferencial, y en el nacimiento de la República se destinaban varios años para su estudio en las facultades. Además, se desvirtuó el derecho natural racionalista producto de las Revoluciones Burguesas y se ubicó el derecho de propiedad (especialmente la propiedad inmueble) como razón de ser del derecho y de la protección del Estado. Lo más importante en Colombia durante más de un siglo fue el derecho civil, que además respondía al fortalecimiento de la propiedad privada. Aunque vale la pena precisar que en Colombia, en la década de 1930, la jurisprudencia moduló las pétreas normas del Código Civil y, al mismo tiempo, se produjo una corriente muy fuerte que abogó por una modificación a fondo de dicho Código.

- f) En cuanto a la jurisprudencia, su elaboración en materia penal, civil y laboral, quedaba aprisionada por la técnica de casación. Este recurso extraordinario va a manejarse siempre con un tecnicismo exagerado y será campo propicio para el formalismo jurídico. Es interesante anotar que los mismos magistrados que no se apartaban del formalismo eran las personas que estudiaban las demandas de inconstitucionalidad y no podían por consiguiente escapar en su trabajo diario al comportamiento propio de los jueces de casación.

Por el contrario, en la Corte Constitucional el quehacer cotidiano de sus funcionarios va a centrarse en la revisión de los casos de tutela, que por

centenares llegan diariamente a la Corporación, casos en los que se evidencian problemas de profundo contenido humano, especialmente cercano a quienes están en situaciones de indefensión en medio de la complejidad de una sociedad violenta, intolerante e inmersa en un gravísimo conflicto social, militar y político. Es como si en la judicatura colombiana hubiera ocurrido un episodio similar al acontecido en el cine en la época del neorrealismo italiano, cuando se interpretaba a los hombres y a su contorno en su simplicidad, como son, en el registro inmediato de la realidad, presentando en lo individual el acontecer de las colectividades.¹⁷

Es así como la jurisprudencia de revisión de tutela ha terminado por dotar de contenidos más humanos la jurisprudencia de control de constitucionalidad. Esta circunstancia plantea una tremenda diferencia con lo que aconteció en la Corte Suprema cuando tuvo la competencia del control judicial constitucional concentrado, pues lo hacía sin estar acompañada del factor humano que impregna la tutela.

Constatado que las diferencias son enormes entre la Corte Suprema y la Corte Constitucional, ¿por qué se ha afirmado que un elemento común es el humanismo? La respuesta es esta:

Curiosamente, los derechos sociales, que solamente se consagraron en la Constitución de 1991, cuentan desde antes con una jurisprudencia que permite una ilación entre la producción de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional. Esa visión social de los magistrados responde al humanismo cristiano y al humanismo liberal, como se analizará posteriormente.

Particularmente interesante es ver cómo, desde la Corte Suprema y luego en la Corte Constitucional, se ha podido elaborar una cultura del precedente en algunos aspectos de pensiones (pese a que este tema sólo ingresa en la Constitución en 1991) y de derechos adquiridos (que anteriormente respaldaban con preferencia al derecho de propiedad). Inclusive, se puede decir que la jurisprudencia

¹⁷ “Por neorrealismo italiano se entiende un movimiento que florece en Italia en torno de la Segunda Guerra Mundial, el cual, basándose en la realidad, y viéndola con simplicidad, crítica y colectivamente, interpreta a la vida como es y a los hombres como son”. Verdone, *O neorrealismo cinematográfico italiano*, tomado de Julio Cabrera, *Cine. 100 años de filosofía: una introducción a la filosofía a través del análisis de películas*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 65.

dencia garantista en los fallos de tutela, en lo referente a los derechos sociales, responde al humanismo que ha sido característico de varias generaciones de colombianos, es decir, que ese espacio humanista existe prácticamente desde los albores de nuestra nacionalidad.

1.7. Sentencias relevantes

Hay algo concreto en la abundante jurisprudencia constitucional colombiana, vista en su conjunto: es la gran cantidad de casos que se superponen, en los cuales las interpretaciones de los derechos a veces se contraponen.

Si en ese mundo tan diverso se quiere constituir una cultura del precedente, con mayor razón hay que acudir al método inductivo, pues no se trata de una recopilación o relatoría de jurisprudencia, ni de una enumeración de sentencias, sino de algo más sólido: la elaboración de unas líneas, el respeto a unos parámetros que se constituyen en un mecanismo de protección de los derechos humanos.

El problema práctico radica en determinar si es necesario o no conocer a fondo todas y cada una de las sentencias proferidas en Colombia durante más de un siglo. G. Gilmore dice lo siguiente:

Cuando el número de casos recopilados llega a ser tan grande como los granos de arena en una playa, un sistema basado en el precedente no funciona y no puede hacerse que funcione, la teoría del precedente depende, para su funcionamiento ideal, de *la existencia de un número confortable de precedentes, pero no demasiados*" (cursiva fuera de texto).¹⁸

La labor más difícil es, pues, la de saber cuáles son esos precedentes, "no demasiados", que hay que examinar y cuáles los que no se tendrán en cuenta, empleando la llamada "navaja de Ockham", es decir, el recorte de gran parte de la información almacenada para centrar el trabajo en lo determinante.

¹⁸ G. Gilmore, "Legal Realism: Its Cause and Cure", en *The Yale Law Journal*, 70, 7.

Hay, pues, que seleccionar lo más relevante (a riesgo de incurrir en algunas omisiones). Por eso hay que tener como telón de fondo algunas inquietudes:

En el tema de los derechos humanos ¿ha sido garantista la jurisprudencia de las dos Cortes?, ¿solamente lo ha sido la de la Corte Constitucional?

Para dilucidar estas hipótesis, en la selección de la jurisprudencia no se puede trabajar al azar, es indispensable tener en cuenta las denominadas sentencias “hito”. Diego López Medina dice al respecto:

Las sentencias *hito* son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y óbiter, y otras técnicas análogas.¹⁹

Esa prudencia investigativa, para resolver las inquietudes, no puede alejarse de la observación hecha con criterio jurídico, y sin llegar a la formulación de esquemas, pueden ser interesantes, pero no obligatorios, algunos aspectos que el profesor Diego López indica: i) el punto arquimédico de apoyo (“identificación de las sentencias-hito de la línea y su sistematización en un gráfico de línea”); ii) la ingeniería de reversa (“estudio de la estructura de citas”); iii) los puntos nodales de jurisprudencia, “dentro del nicho citacional”.²⁰ El objetivo es, como lo señala el citado autor, definir la existencia de un balance constitucional, “esto es, de una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta a la actividad de jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros”.²¹

¹⁹ Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2001, p. 68.

²⁰ *Ibid.*, pp. 69 y ss.

²¹ *Ibid.*, p. 56.

2. Derechos humanos y derechos fundamentales

Oscar José Dueñas Ruíz*

Johanna del Pilar Cortés Nieto**

Carlos Alberto Parra Dusan***

2.1. Delimitaciones

El 10 de diciembre de 1948, en el Palacio de Chaillot, en París, la 183 Asamblea General de las Naciones Unidas, ante el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos, algo palpable durante la Segunda Guerra Mundial, planteó una concepción común de derechos y libertades, y proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este acontecimiento ha sido considerado por algunos como el nacimiento de los derechos humanos, aunque históricamente se debe ir más allá de 1948. Importa, por ahora, hacer una descripción de la cercanía de varias definiciones.

Pérez Luño afirma que, aunque la definición de derechos humanos es útil y pertinente para el estudio de los derechos, debe reconocerse que un concepto difícilmente puede cubrir todos los fenómenos que una palabra implica, por lo que no debe caerse en un empleo riguroso del lenguaje que acepte una definición real excesivamente precisa. Sin embargo, asegura que es necesario, con el objeto de concretar el término, fijar sus límites internos y externos de la siguiente manera:

Los límites externos –sostiene– se basan en la relación del concepto con otros términos afines. En este sentido hace algunas precisiones. En primer lugar, indica que el concepto de derechos humanos se diferencia del de derechos naturales en que el primero es un concepto ampliado de los segundos.

* Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

** Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad de Columbia, profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

*** Abogado de la Universidad del Rosario, doctor en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.

En segundo lugar, los derechos humanos se diferencian de los derechos fundamentales en que los segundos son derechos humanos positivizados a nivel interno. Sin embargo, los dos conceptos se refieren a garantías individuales contenidas en derechos políticos y exigencias sociales propias de la concepción institucional del derecho.

En tercer lugar, los derechos humanos son una expresión de los derechos subjetivos “directamente relacionados con las facultades de autodeterminación del individuo”,¹ por cuanto los derechos subjetivos son facultades de obrar de los particulares, son derechos exigibles. Sin embargo, existen diferencias importantes en la medida en que los derechos humanos, en contraposición a los derechos subjetivos, son inalienables e imprescriptibles, por lo que esta teoría se ha ido decantando y cada vez se entiende con mayor claridad que se trata de conceptos distintos.

En cuarto lugar, los derechos humanos difieren de los derechos públicos subjetivos, ya que esta última categoría de derechos se refiere a las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares, en donde están integrados los derechos activos (consecución de prestaciones por parte del Estado) y los reaccionales o impugnatorios (solicitud encaminada a que cese una situación de ilegalidad y sean resarcidos los perjuicios ocasionados por esta). En principio se entendería que los derechos humanos serían un complemento de los derechos públicos subjetivos, pero lejos de serlo, desde la perspectiva de Pérez Luño, se contradicen, pues constituyen límites que la soberanía popular impone a los órganos estatales que dependen de ella, de manera que no se basan en una “autolimitación estatal”.

Los límites internos, por otra parte, se encausan en una contextualización histórica de los derechos, lo cual permite una aproximación a su alcance y concepto. La definición de derechos humanos tendría como antecedente inmediato la de derechos naturales, si es que se acepta el iusnaturalismo, y, con el paso del tiempo, la definición se fue subjetivizando hasta llegar al concepto actual.

¹ Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 32.

2.2. Concepto y origen de los derechos humanos

El concepto de derechos humanos es de carácter ambiguo. Su contenido varía según la época en que se contextualice, el modo de pensar de cada cultura e, incluso, del grupo al que se refiera.² Esto dificulta la construcción de un concepto común.

Las definiciones sobre derechos humanos se basan en gran medida en raíces e instituciones históricas. Estas pueden clasificarse en tres grandes grupos: las definiciones tautológicas, que no son útiles para caracterizar los derechos; las formales, que indican su estatuto deseado sin describir su contenido; y las teleológicas, que recurren a los valores esenciales en una aproximación al concepto.

Pese a las críticas que puedan formularse, podría hacerse una definición de los derechos humanos a partir de la visión iusnaturalista, entendida como la “existencia de un orden natural que es cognoscible por el hombre, y del cual se pueden derivar los principios básicos de la justicia”.³ Así, los derechos humanos serían prerrogativas inalienables a toda persona, que deben ser respetadas por el ordenamiento jurídico independientemente de su positivización. Esta posición se ilustra con claridad en la Declaración de Derechos Humanos de Virginia, según la cual: “Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen derechos innatos de los que no pueden privar a la posteridad por ningún pacto”.⁴

Varios autores disienten de esta posición. Por ejemplo, Rafael de Asís⁵ desconoce la existencia de principios y valores inalienables e inmutables y propone una teoría según la cual la creación de los derechos humanos, así como la de todo el ordenamiento jurídico, parte del consenso. Esa idea permite que los derechos del hombre sean mutables con el paso del tiempo y

² Por ejemplo, han llegado a funcionar incluso como “bandera en la lucha reivindicativa de las personas y los grupos que se consideran marginados de su disfrute”. *Ibid.*, p. 22.

³ Rodrigo Uprimny Yepes, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992, p. 167.

⁴ Pérez Luño, *op. cit.*, p. 42.

⁵ “Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos”. En: Javier Murguerra y Gregorio Peces Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

cambien de acuerdo a la cultura que los adopte. Señala el doctrinante: “Parto de la positivización de unos valores en nuestro ordenamiento: la libertad, la igualdad, la justicia, y el pluralismo político, y su desarrollo en forma de derechos y obligaciones fundamentales [...] Estos valores pueden o no coincidir con aquellos que inspiran otros ordenamientos, si bien parece que en los países culturalmente parejos al nuestro puede hablarse de una coincidencia casi literal”.⁶

En esa medida, los derechos fundamentales serán aquellos derechos humanos incorporados en el ordenamiento jurídico y que se concretan en una norma jurídica.

Sin embargo, conceptos como los anteriormente expuestos resultan precarios para efectos de la claridad del término, por lo que los doctrinantes acuden al devenir histórico para precisarlo y definir sus alcances. La evolución de los derechos humanos ha pasado por un concepto liberal (en el que figuran los derechos civiles y políticos), uno moderno (de corte socialista, en el que se encuentran los llamados derechos de segunda generación o DESC), y una tercera fase, en la que se destacan los derechos de solidaridad, que se caracterizan porque su titularidad ya no recae solamente sobre los individuos sino sobre la colectividad. Teniendo en cuenta este desarrollo, un concepto amplio de derechos humanos debe abarcar todas las prerrogativas que se han alcanzado en sus distintas etapas históricas.

Así las cosas, los derechos humanos podrían ser divididos en tres grandes grupos. El primero está conformado por los derechos liberales, que son aquellos que se ejercen *contra* el Estado y protegen la esfera de la autonomía individual. Son derechos subjetivos públicos sobre los que el poder político no puede ejercer intervención alguna, pero respecto de los cuales tiene un deber jurídico de garantía.⁷ Dentro de esta categoría se encuentran el derecho a la vida, a la integridad

⁶ Javier Mugerza, “La alternativa del disenso”. En: Javier Murguerza y Gregorio Peces Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

⁷ Rodrigo Uprimny Yepes señala al respecto: “A pesar de que la obligación para el Estado frente a esos derechos civiles y políticos es en esencia de abstención, es decir un imperativo de respetarlos y no violarlos, existe igualmente para el poder político un deber jurídico genérico y más

personal, a la intimidad, a la honra, a la seguridad individual, a las garantías procesales, a la libertad de pensamiento y de cultos, entre otros.⁸

Por otra parte, se encuentran los derechos sociales, ejercidos *frente* al Estado, que por este motivo suponen la intervención directa de aquel y un deber de realización progresiva. Se han concebido como “marcos axiológicos de la intervención estatal y de interpretación jurídica, pero deben también ser concebidos como verdaderos derechos que pueden dar lugar a ciertas formas de responsabilidad...”.⁹ Esta definición corresponde entonces a los DESC.

Por último, se encuentran los derechos de solidaridad,¹⁰ que aún se están estructurando y por eso no son objeto de análisis profundo.

A partir de estos grandes grupos de derechos se deducen los aspectos constitutivos de la noción que ocupa el presente escrito, en ese sentido Rodrigo Uprimny asevera:

Los Derechos Humanos [...] son pues la aspiración a la construcción de un orden justo, pero debido a la ambivalencia inherente a sus elementos constitutivos, diversas combinaciones son posibles. Así, la preservación de las libertades económicas a toda costa puede traducirse en una restricción creciente de otros derechos humanos; en muchos casos ese parece ser el caso de la dialéctica de los derechos del hombre en nuestro país.¹¹

Para efectos de una construcción del concepto, resulta también pertinente citar la propuesta de definición de los derechos humanos en términos explicativos adoptada por Pérez Luño, que puede ser empleada en el ámbito jurídico. Según

amplio, cual es el de garantizar a todas las personas el libre y pleno goce de los mismos, como lo establecen los artículos 2 y 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1 de la Convención Americana”, *op. cit.*, p. 67.

⁸ *Ibid.*, p. 68. Además, hay quienes consideran que también podrían incluirse en este campo las libertades económicas y el derecho a la propiedad, pese a su actual situación de protección relativa frente a los demás derechos; y los derechos políticos, íntimamente relacionados con el derecho a la libertad en cuanto este se relaciona con la participación.

⁹ *Idem.*

¹⁰ En el proyecto de Constitución Europea se desarrolla la solidaridad.

¹¹ Uprimny Yepes, *op. cit.*, p. 70.

manifiesta este autor, los derechos humanos son: “El conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.¹²

Este concepto integra dos aspectos básicos: por una parte, su fundamentación iusnaturalista, y por otra, su positivización junto con la protección que corresponde a su ejercicio. Además, gira en torno a los tres principales elementos alrededor de los cuales se reivindican los derechos humanos.

Las características de los derechos humanos, según Ligia Galvis, son:¹³

En primer término, pueden ser individuales o colectivos. Los primeros están en cabeza de la persona como ser independiente y su realización depende del fuero interno de los sujetos. Entre ellos se encuentran el derecho a la vida, al sufragio, a la integridad, a la educación, a la salud, entre otros. Los derechos colectivos, en cambio, se predicen de grupos de personas o de la sociedad en general y por este motivo no son individualizables; históricamente son más recientes y su origen deriva del gran crecimiento urbano y la manipulación de los recursos naturales, fundamentalmente. Cuando los derechos colectivos son protegidos se beneficia a la comunidad en conjunto, pero eso no implica que una persona no pueda acudir individualmente ante las autoridades para reclamar su cumplimiento.

En segundo término, son universales. Esto significa que son predicables de todas las personas o grupos de personas en tanto seres humanos, sin discriminación alguna.

En tercer término, son interdependientes. Todos los derechos humanos se predicen de la persona y no existe entre ellos rangos o categorías que justifiquen una protección desigual o privilegiada de unos derechos respecto de otros. Se trata de la manifestación del tratamiento horizontal que reciben los derechos humanos, de manera que se garantice que los Estados propenderán por su desarrollo integral, independientemente de la exigibilidad predicable de cada uno de ellos.

¹² Pérez Luño, *op. cit.*, p. 48.

¹³ Ligia Galvis Ortiz, *Comprensión de los derechos humanos*, Aurora, Bogotá, 2003.

En cuarto término, se interrelacionan, es decir, aunque cada derecho tiene un ámbito de protección particular, todos están encaminados a la protección de la vida como valor fundamental y de la calidad de ella en todos los ámbitos posibles.

En quinto término, son exigibles. Aunque, no todos los derechos humanos tienen un mismo nivel de exigibilidad. Los derechos civiles y políticos tradicionalmente han tenido un grado amplio de exigibilidad frente a los DESC. Esto no implica una mayor importancia de unos derechos respecto de otros, sino que se explica por el desarrollo de las garantías judiciales que se ha dado a nivel interno. No obstante, la tendencia mundial es la protección en un mismo grado de todas las clases de derechos por medio del fortalecimiento de la exigibilidad de aquellos que han entrado más recientemente al ámbito de los derechos humanos.

Existe también discusión sobre el origen histórico de los derechos humanos. Por una parte se encuentran quienes sustentan el origen de los derechos humanos en un dios creador que los proyectó en la naturaleza del hombre. Esta explicación ofrece muchas dificultades por no ser racional, como señala Hernán Ortiz.¹⁴ Además, se enfrenta a la paradoja de que, como señala el mismo filósofo,

los derechos humanos por su propia esencia son cosmopolitas, universales; pero su nacimiento no se produce al mismo tiempo para toda la Tierra y sus pobladores, por el desarrollo desigual de la humanidad en los órdenes socio-económicos y político-jurídicos, raciales, geográficos, culturales, religiosos o de sexo”.

Por otra parte, está el grupo de doctrinantes para quienes el surgimiento de los derechos humanos está en el tránsito a la modernidad –iusnaturalismo racionalista–. Incluso hay quienes discuten si el origen se debe explicar dentro de la teoría iuspositivista.

¹⁴ Hernán Ortiz Rivas, *Estudios de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2000.

La explicación de los derechos humanos con la teoría iusnaturalista no es siempre admitida. Se le hacen profundas críticas, como lo indica Hernán Ortiz Rivas:

En una investigación elaborada por la UNESCO, en 1947, sobre los fundamentos teóricos de la Declaración de Derechos del Hombre, un tipo de explicación historicista fue defendida por Groce. Para este pensador, los derechos no pueden tener como base el denominado derecho natural, porque esta doctrina “se ha convertido en algo filosófica e históricamente insostenible”; debe eliminarse “la base lógica de dichos derechos como universales” y reducirse, “a lo sumo a los derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por consiguiente, de demandas eternas, sino solo de derechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época, e intentos de satisfacer dichas necesidades”. La posición de Groce es correcta en cuanto presenta los derechos humanos no como fundamentados en una “naturaleza” abstracta, universal e inmutable, a la manera jusnaturalista, sino como productos variables y relativos a cada etapa cultural de la historia humana. En lugar de predicar unos derechos previos y superiores a la sociedad civil, al Estado y al individuo, nos habla de unos derechos originados en su historia como resultado de sus procesos evolutivos. Sin embargo, Groce desconoce el aporte del jusnaturalismo a la historia de los derechos humanos, que es precisamente un fenómeno histórico. Además, la tesis historicista de Groce olvida que hay derechos humanos de todos los tiempos como la vida, la integridad física o la dignidad que son permanentes, por regla general cubren a todas las personas, salvo casos excepcionales.¹⁵

Es así como en la actualidad la tendencia es la construcción del concepto de los derechos humanos desde la teoría del consenso.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 142-143.

2.3. Concepto político-normativo de los derechos humanos

La comunidad universal es muy sensible cuando se vulneran los derechos humanos. Numerosas organizaciones internacionales y no gubernamentales están pendientes de que en todos los países del mundo se eviten los abusos que son característicos de los regímenes totalitarios y, hace algunos siglos, de los regímenes absolutos. Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández García dicen al respecto:

Ciertamente la dinastía de los Tudor implanta el Estado absoluto en Inglaterra, desde 1485 (Enrique VII) hasta la llegada de los Estuardos (1603), pero este período no tendrá trascendencia posterior y el Parlamento irá recobrando a lo largo del siglo XVII, en lucha con los monarcas, sus prerrogativas anteriores. Eso explica los diversos textos que a lo largo del siglo XVII se promulgarán, con gran importancia en materia de derechos humanos, en el contexto de este conflicto entre el Parlamento y la Corona: Petition of Rights (1628), Acta de Habeas Corpus (1679) y Bill of Rights (1688). Lo cierto es que la formación del Estado moderno en Inglaterra arranca de la Edad Media, y como Estado estamental, con el eclipse del absolutismo de los Tudor, se transformará en Estado liberal, desde finales del siglo XVII.¹⁶

Es interesante resaltar que fue inicialmente el Parlamento quien acudió en defensa de los derechos humanos, mediante instrumentos políticos que luego se tornaron normativos, como también sucedió con los postulados de la Declaración de Virginia que servirán de sustento para las primeras Enmiendas a la Constitución de Filadelfia, o la Declaración de los Derechos del Hombre que ingresará a los textos constitucionales en Francia y en Iberoamérica.

Lo obvio es que las normas jurídicas no afecten en absoluto los derechos humanos. Sin embargo, con las posiciones reaccionarias impulsadas por las mismas burguesías luego de ascender al poder, las normas inferiores con

¹⁶ Gregorio Peces Barba y Eusebio Fernández García, *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 49 y ss.

frecuencia violan la propia estructura constitucional que consagra el respeto a los derechos humanos, y eso explica por qué en Colombia son tan numerosas las demandas que se presentan contra leyes y decretos que afectan los derechos humanos.

Se llega por lo tanto a un control judicial constitucional que implica compromiso frente a los derechos humanos, e implica la construcción del Estado constitucional democrático. Es importante destacar que los derechos fundamentales son técnicamente más logrados que los derechos humanos, en cuanto a su protección. Antes de continuar es necesario precisar que no se trata propiamente de que los derechos humanos son el género y los derechos fundamentales la especie, sino que ha ocurrido un salto cualitativo: de un estatus negativo, derechos humanos, a un estatus positivo, derechos fundamentales. Luego, la distinción entre ellos no es únicamente terminológica, sino que trasciende a la concepción propia del Estado y del individuo y a la filosofía del derecho. Robert Alexy señala que todos los derechos a acciones positivas se asemejan a las prestaciones en sentido amplio, de manera que todos los derechos fundamentales tendrían una relación directa con el estatus positivo del Estado.

2.4. Concepto jurisprudencial

El universo de los derechos humanos incluye no solamente los derechos civiles y políticos, sino los DESC, como se aprecia en la jurisprudencia internacional y nacional y en el listado que las Naciones Unidas han hecho en la Carta de los Derechos Humanos. No obstante, algunos sectores consideran, equivocadamente, que los derechos sociales no son derechos humanos ni fundamentales.¹⁷

En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional admite sin la menor duda que los derechos de libertad y de igualdad son derechos humanos; también considera que los DESC tienen tal característica y los protege con

¹⁷ En contra de lo pensado por la señora Paula Dobriansky, ex subsecretaria de Estado para Derechos Humanos durante las administraciones de Reagan y Bush padre, no es un mito que los derechos sociales son derechos humanos; por el contrario, adquieren incluso la categoría de derechos fundamentales (Proyecto de Constitución de la Unión Europea basado en jurisprudencia europea).

una consideración adicional: la Corte ha estimado que varios instrumentos internacionales sobre derechos sociales (dentro de ellos los derechos laborales) integran el bloque de constitucionalidad (artículo 93 C.P.), y que los convenios internacionales del trabajo hacen parte de la legislación interna según el artículo 53 de la Constitución Política. En lo social también hacen parte de nuestra normatividad vigente otros instrumentos internacionales que son invocados permanentemente en diferentes sentencias de constitucionalidad y de tutela por la Corte Constitucional, algo que no era frecuente en los fallos de constitucionalidad proferidos por la Corte Suprema de Justicia cuando tenía el control judicial en la materia. Incluso, gracias al uso constante de dichos instrumentos internacionales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se habla de una noción ampliada del bloque de constitucionalidad.

2.5. Los derechos fundamentales

El tema de los derechos fundamentales es central dentro de la cultura jurídica y política contemporánea.¹⁸ Puede incluso afirmarse que desplazó al tema de la soberanía como el corazón de la teoría constitucional. Se trata de la progresiva humanización del derecho. Como sostiene Peces Barba, “se puede entender que consideremos a los derechos fundamentales como la cristalización histórica de una concepción moral que sitúa como eje la dignidad de la persona y los valores de libertad, igualdad y solidaridad como cauce para alcanzarla”.¹⁹ L. Gómez Serrano recuerda que en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, del 23 de mayo de 1949, el capítulo de los derechos fundamentales señala cinco grupos de ellos: i) el derecho a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad; ii) la libertad, en todas sus expresiones, iii) la igualdad; iv) la seguridad jurídica, que entre múltiples variantes incluye

¹⁸ Aníbal Barbagelata reseña como antiguas formulaciones de los derechos fundamentales las siguientes: Fuero de León, Leyes de Partidas, la Carta Magna, el Fuero de Vizcaya, la Petición de Carlos I, las Declaraciones de Derechos, que también pueden presentarse como antecedentes en el tema de los derechos humanos. *Derechos fundamentales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986.

¹⁹ Peces Barba y Fernández García, *op. cit.*, p. 2.

“la intangibilidad del concepto esencial del Derecho Fundamental, así como acción de protección de los Derechos Fundamentales y reserva de ley para la restricción por vía general de los Derechos Fundamentales; v) la propiedad en sus distintas formas.²⁰

Su garantía hace parte del constitucionalismo de la postguerra y expresa un constitucionalismo dogmático (mejor sería decir antropocéntrico). Es el cumplimiento del compromiso adquirido por los países integrantes de la OEA a raíz de la Carta de San José de Costa Rica; consiste en una proyección del nuevo contrato social, gracias al ingreso a la Constitución de los derechos, los principios y los valores, y dentro de los primeros, los derechos laborales y de la seguridad social.

La protección de los derechos fundamentales, además, está muy ligada al Estado Social de Derecho. En este sentido, se destaca lo afirmado por el magistrado Ciro Angarita en la Sentencia T-406 de 1992:

La fórmula clásica del Estado liberal, en relación con la delimitación de los derechos fundamentales, consistía en establecer una lista de derechos pertenecientes a esta categoría. Una de las manifestaciones de la crisis del Estado constitucional en la segunda mitad del siglo veinte, consiste en afirmar que de nada sirve una buena lista de derechos si no se tiene en cuenta el proceso de aplicación. Según esta crítica, el problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo en los derechos que son fundamentales –de hecho en los convenios internacionales existe tal acuerdo– pero es difícil saber, a priori, cómo se aplican. El asunto es: en caso de conflicto –y esto es lo más corriente– entre dos o tres derechos, ¿cuál debe tener prioridad? El problema fundamental de los valores no es el de su enunciación sino el de su aplicación. Para la realidad del derecho es más importante establecer cuáles son los criterios

²⁰ Laureano Gómez Serrano, *Teorías de los derechos fundamentales*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, pp. 69 y ss.

de interpretación y aplicación de las normas que establecer cuál es la lista de aquellas normas que pertenecen a una determinada categoría.

Tradicionalmente se han definido como un intento de positivización a nivel interno de los derechos humanos. Su importancia, entonces, lleva a sostener a Robert Alexy que son: “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”.²¹ Es una definición francamente pesimista frente a la democracia representativa, propia de los neokantianos. En la misma línea está Rodolfo Arango, aunque matiza: “Así se puede decir que un derecho fundamental es aquel que cumple con las características del concepto de derecho subjetivo y con la característica de alto grado de importancia”.²²

La Constitución de 1991 va a reconocer por primera vez en Colombia los derechos fundamentales, y lo que es más importante, los va a garantizar mediante la acción de tutela. El capítulo I del título II de la Constitución de 1991 está dedicado a los derechos fundamentales. Sin embargo, el listado comprendido en dicho capítulo no abarca la totalidad de tales derechos. Como indicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-02 de 1992 –influida por el pensamiento iusnaturalista de Dworkin– los derechos fundamentales son los inherentes a la persona humana, de lo que se colige que la enumeración puede ir más allá de la señalada en el mencionado capítulo. Esto ha permitido a la Corte incluir dentro del concepto de derechos fundamentales –con grandes discusiones– a los DESC,²³ e incluso en algunos casos –como el del derecho al medio ambiente sano– derechos colectivos.

En efecto, en la teoría contemporánea el listado de tales derechos no está cerrado, se ha superado la visión monista que identificaba los derechos funda-

²¹ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 406.

²² Rodolfo Arango, *El concepto de derechos fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, p. 31.

²³ Ver al respecto Camilo Andrés Arias Amaya, Johanna del Pilar Cortés Nieto *et al.*, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En: *Borradores de Investigación*, No. 43, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.

mentales con los derechos de libertad. Los derechos fundamentales tienen su origen en la Constitución y aun en la misma jurisprudencia constitucional. Hoy se admite la visión dualista según la cual también son derechos fundamentales los DESC, incluido entre ellos el derecho a la seguridad social.²⁴

2.6. Los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En sus comienzos, con una visión eminentemente iusnaturalista, en la Sentencia T-02 de 1992 la Corte indicó que los derechos esenciales de la persona son la base para decir cuándo un derecho constitucional es fundamental. Pero, ¿qué es un derecho esencial? La Corte prefirió no abordar esta discusión filosófica, y en su lugar decidió hacer una descripción ilustrativa al asegurar que los derechos fundamentales son los que pertenecen al humano en su dimensión social, vista en la tensión individuo-comunidad, la razón última de la nueva Carta Política.

Los argumentos del fallo T-02 de 1992 (derechos inherentes a la persona, reconocimiento expreso de la Constitución) no permiten completamente un calificativo de iusfundamental. Entonces, siguiendo el pensamiento de García Enterría, más adelante la Corte Constitucional señaló que los derechos fundamentales se ubican dentro de los “conceptos jurídicos indeterminados” que obligan al juez a hacer una labor de búsqueda para examinar si de la naturaleza del derecho se deduce inequívocamente el calificativo de fundamental. En otras palabras, el juez no crea el derecho fundamental, sino que “verifica” que lo es. Sea cual fuere el criterio, la jurisprudencia, por innegable influencia de los seguidores de Dworkin, le otorga al juez constitucional un amplio espacio para determinar cuáles derechos son fundamentales. Al margen de las objeciones que se pueden hacer, estos criterios de la Sentencia T-02 de 1992 constituyen un instrumento interesante y fácil para calificar a un derecho de fundamental o no fundamental.

²⁴ En el proyecto de Constitución Europea los derechos a la seguridad social figuran dentro del capítulo de derechos fundamentales de solidaridad. En la doctrina colombiana, Rodolfo Arango habla de derechos sociales fundamentales, que “presentan las características de la norma jurídica, de la obligación jurídica, y por eso pueden ser adscriptos al concepto de derechos subjetivos”, *op. cit.*, p. 39.

Adoptando otro criterio, la Sentencia T-418 de 1992 señaló que “los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre”. Al año siguiente, la Sentencia T-240 le dio al derecho fundamental una relación con el positivismo jurídico: “el concepto de derecho fundamental, pese a inspirarse en la realidad y buscar en cierto modo moldearla, es fruto de la consagración o del reconocimiento del derecho positivo...”. Posteriormente la Corte sostuvo que se trata de derechos subjetivos inalienables de aplicación inmediata, en la Sentencia SU-225 de 1998. La Corte acude, incluso, a la figura de que los derechos prestacionales pueden ser sometidos al “fenómeno de la transmutación” y adquirir la categoría de derechos subjetivos. En la mencionada Sentencia SU-225 de 1998 señaló:

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran reconocidos –directa o indirectamente– en el texto constitucional como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas de los representantes de las mayorías. Usualmente, los derechos fundamentales son derechos de libertad. No obstante, en algunos casos, existen derechos prestacionales fundamentales, como el derecho a la defensa técnica, a la educación básica primaria o al mínimo vital.

La Corte continúa sin dar una respuesta precisa y unívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Por ejemplo, en la Sentencia T-223 de 2003 reconoció que su postura “ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata²⁵ y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona”.²⁶ Con el ánimo de superar esa indeterminación, en la misma sentencia la Corte se aventuró a elaborar el siguiente concepto: “Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. Esa

²⁵ Ver SU-225/98, SU-819/99.

²⁶ Ver T-1306/00.

traducibilidad en derechos subjetivos, en criterio de la Corte, no está sometida a la libre apreciación del juez; de conformidad con la sentencia bajo estudio, el operador jurídico debe acudir a las reglas propias de cada ordenamiento jurídico, las cuales no se limitan al derecho positivo, sino que incluyen pautas como la teoría del derecho, los precedentes judiciales, y, en general, “todos aquellos raciocinios que el sistema jurídico admite como válidos para adoptar decisiones jurídicas”. En particular, en el caso colombiano, la mencionada sentencia indicó que los jueces deben tomar como pautas de interpretación los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, así como las interpretaciones que de los mismos han hecho los organismos autorizados. Así, en la Sentencia C-671 de 2002 la Corte Constitucional reconoció que constituían pautas (estándares sería mejor decir) de interpretación en materia de DESC, las observaciones formuladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, órgano autorizado para la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

Es tal la falta de precisión conceptual que en la Sentencia T-227 de 2003 la Corte Constitucional dijo que uno de los elementos centrales de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “dignidad humana”. Y en la T-859 de 2003, al referirse al derecho a la salud, la Corte indicó que es un derecho fundamental, de manera autónoma, cuando se concreta en una garantía subjetiva, derivada de normas constitucionales, normas de derechos humanos aplicables por el bloque de constitucionalidad (posición reiterada en la Sentencia T-148 de 2007).

En resumen, al interior de la Corte no existe un criterio único sobre el concepto de derechos fundamentales. Sin embargo, en la Sentencia T-760 de 2008 se hizo un recuento del itinerario jurisprudencial en tal sentido, para rematar diciendo que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. Además, la Sentencia T-760 de 2008 sienta como premisa la *impertinencia de la teoría genética en la calificación de los derechos fundamentales*, al sostener lo siguiente:

El anterior itinerario corrobora que la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debe tener una relevancia académica, más no jurídica o conceptual. Según la Corte, “la creencia de que los derechos de libertad no suponen gasto y que en cambio los derechos sociales, económicos y culturales sí, ha llevado a salvaguardar decididamente la protección inmediata de los primeros, mientras que la de los segundos no”. Desde su inicio, la jurisprudencia constitucional ha indicado que si bien el carácter prestacional de los derechos constitucionales está ‘estrechamente’ relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales, no se trata de dos categorías idénticas, que coincidan.

2.7. Discusión sobre la naturaleza fundamental de los DESC

Debido al carácter prevalentemente prestacional de los DESC, sectores importantes de la doctrina niegan su naturaleza de derechos fundamentales.²⁷ Estos sectores sostienen que el carácter prestacional de los DESC y la indeterminación de sus contenidos en la redacción de las normas que los prevén impide su exigibilidad inmediata y los convierte en meras directrices políticas dirigidas al Legislador y a las autoridades administrativas encargadas del diseño y ejecución de las políticas públicas. A esto agregan que solo cuando el Legislador, con fundamento en su discrecionalidad, los desarrolla y convierte en normas, pueden convertirse en derechos exigibles, pero de rango legal.²⁸

La Corte Constitucional, en sus comienzos, se orientó por estas últimas posturas, lo que la obligó a acudir al criterio de la conexidad para efectos de protección de los DESC por medio de la acción de tutela.

La afirmación de que los DESC no son derechos fundamentales en sede de constitucionalidad puede observarse, por ejemplo, en la sentencia en la

²⁷ En la Sentencia T-760 de 2008 se critica el término *derechos prestacionales* y se dice que hay derechos con *contenido prestacional*.

²⁸ Ver sobre estas posturas: Antonio Baldassarre, *Derechos sociales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 9-13, y el recuento hecho por Carlos Bernal Pulido en *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 285-300.

cual la Corte conoció de una demanda contra la Ley 100 de 1993, por haber sido tramitada como ley ordinaria y no como ley estatutaria, pese a ocuparse de un grupo de derechos fundamentales importantes, los de la seguridad social –C-408 de 1994–. La argumentación de la demanda era perfecta; sin embargo, los magistrados de la Corte Constitucional, por unanimidad, basados en algunos precedentes jurisprudenciales, le dieron mucha importancia a la discutible teoría genética de los derechos –que los divide en primera, segunda y tercera generación–, lo que condujo a la Corporación a afirmar que la seguridad social está dentro de los derechos de segunda generación y que los derechos fundamentales son únicamente los de primera generación. Esta tesis le permitió a la Corte declarar que se había expedido correctamente la Ley 100 de 1993.

Esta postura era curiosa teniendo en cuenta que, por ejemplo, hasta abril de 2006, la Corte había dictado 9.423 sentencias de tutela, de las cuales más de 5.000 versaban sobre pensiones y salud,²⁹ cifra que supera el número de fallos referidos a derechos civiles y políticos.

Sin embargo, la jurisprudencia ha presentado una gran evolución en este sentido y hoy la Corte admite que los DESC, a pesar de la indeterminación de su contenido en el texto constitucional, debido a su vinculación con la dignidad humana adquieren la naturaleza de derechos fundamentales: i) respecto de su contenido mínimo, el cual puede inferirse de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia y las interpretaciones que de estos llevan a cabo los órganos autorizados para el efecto; ii) respecto de los contenidos que han sido desarrollados normativamente por una vía distinta a la Constitución –incluso a través de la jurisprudencia constitucional–; iii) cuando la no satisfacción de una posible prestación derivada del derecho pone en riesgo otros derechos del titular cuya naturaleza fundamental no es discutida –por ejemplo, el derecho a la vida–; iv) cuando sus titulares son sujetos de especial protección constitu-

²⁹ Es conveniente mencionar que en esa enorme cantidad de fallos judiciales no hay mención alguna a la teoría de los servicios sociales, aunque en realidad se definen temas que hacen parte de los servicios sociales. La explicación es muy sencilla: no se conoce la teoría de los servicios sociales.

cional –como los niños, las personas desplazadas por la violencia, los adultos mayores, etc.–, y v) respecto de su faceta de libertad y defensa.³⁰ Y respecto a la seguridad social en salud, le otorga a esta carácter iusfundamental en la Sentencia T-760 de 2008.

Esta nueva posición –que, vale aclarar, todavía presenta resistencia entre algunos magistrados– va en la misma dirección de la teoría contemporánea, la cual se puede constatar, entre otros, en el Proyecto del Código Iberoamericano de la Seguridad Social, en el que se cataloga a la seguridad social como un derecho inalienable del ser humano (artículo 1), y en el frustrado Proyecto de Constitución de la Unión Europea, en el que se considera que la seguridad social es un derecho fundamental.³¹

³⁰ Ver la referencia de las sentencias en Arias Amaya, Cortés Nieto *et al.*, *op. cit.*

³¹ Expresamente dentro de los cincuenta derechos fundamentales que se contemplan en la parte II del Proyecto de Constitución, bajo el título de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, figura el artículo II-34, que incluye como derecho fundamental el siguiente:

“Seguridad social y ayuda social

1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales.

2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho de la Unión y a las legislaciones y prácticas nacionales.

3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Esta norma armoniza con los artículos II-21 sobre no discriminación, II-24 sobre derechos del menor, II-25 sobre derechos de las personas mayores, II-26 sobre integración de las personas discapacitadas y II-35 sobre protección a la salud.

Es ilustrativa la posición que da el frustrado Proyecto de Constitución Europea. Es muy importante el título II porque se refiere a la “no discriminación y a la ciudadanía”; especialmente el artículo III-9, por medio del cual se autoriza que mediante una ley marco europea se tomen medidas referentes a la seguridad social o a la protección social. También es buen ejemplo la parte II, y quizás esto es lo más digno de resaltar, puesto que se consagra la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Dentro de esta el título IV se refiere a la solidaridad (que incluye los derechos sociales, económicos y culturales) y el título V relaciona los derechos fundamentales para una ciudadanía plena.

Podría pensarse que en Colombia el tema queda zanjado cuando la Corte Constitucional dice en la Sentencia T-760 de 2008 que propiamente no hay derechos prestacionales, sino derechos con contenido prestacional. Este giro no ha sido desarrollado posteriormente.

2.8. Criterios de escrutinio de la constitucionalidad frente a los derechos fundamentales

Los criterios de escrutinio de las normas que restringen derechos fundamentales son, principalmente, pautas para resolver conflictos entre los derechos fundamentales de las personas, bajo el entendido de que un derecho fundamental es susceptible de limitarse, bien sea porque se va a ampliar la órbita de otro derecho fundamental, o bien sea porque se va a dar eficacia práctica a un principio constitucional. Dado que estos conflictos deben resolverse desde la óptica constitucional, se han planteado métodos o criterios para hacerlo. Son los siguientes:

De acuerdo con el criterio de la jerarquización, existen casos en que los derechos fundamentales de una persona se privilegian sobre los derechos fundamentales de otra por disposición constitucional expresa, como sucede con los derechos de los niños en la Constitución colombiana. En la Sentencia C-041 de 1994 se explicó este criterio así:

Si el conflicto entre los intereses en juego –en sus respectivos ámbitos garantizados por la Constitución– se lleva hasta sus últimas consecuencias, habrá de ensayarse un criterio de jerarquización que resulte plausible. Entre los bienes jurídicamente protegidos, la vida y la integridad física, como supuestos de los restantes derechos, tienen carácter primario. En consecuencia, su salvaguarda debe ser prioritaria. La privacidad y la autonomía como exigencias inherentes a la dignidad humana, presuponen la vida y la integridad corporal; sin ella la estructuración de planes y la búsqueda de sigilo, carecen de sentido. Finalmente, el sacrificio de los mencionados bienes primarios no es restituible. No quiere con lo anterior la Corte significar que la tutela de la intimidad esté desprovista de trascendencia. Ella es, por el

contrario, esencial en una sociedad democrática respetuosa del valor de la autonomía. Es ante la hipótesis de un creciente conflicto entre el bien de la vida y el de la intimidad, que esta última debe encontrar acomodo en un espacio que permita la preservación de la primera.

24. Establecida una necesidad específica de protección y asistencia del niño subsumible en un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, los conflictos que genere frente a otros derechos y que no pudieren resolverse de otro modo que apelando a la jerarquización de los intereses, serán decididos según lo ordena el mismo Constituyente dándole prelación a los derechos del primero (artículo 44 C.P.). La especial calidad del niño como sujeto privilegiado de la sociedad se proyecta en esta particular regla de prioridad que modula los ámbitos de los restantes derechos, a partir de la exigencia y condición de que los suyos sean satisfechos o respetados en primer lugar.

Según el criterio de la ponderación, cuando hay derechos que están en tensión,³² v. gr. educación y trabajo, se debe establecer el “peso” de cada derecho en el caso concreto, a fin de identificar hacia cuál debe inclinarse la decisión. Alexy propone la asignación de valores específicos y abstractos a los grados de protección y sacrificio de los derechos en tensión, en orden a realizar esta labor de comparación.

El criterio de proporcionalidad, por otra parte, se centra en el grado de razonabilidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales. Para ello se apela a los juicios de idoneidad y necesidad y a los test de proporcionalidad.³³

³² Son casos en los que generalmente la ampliación de la garantía de un derecho implica la restricción de otro.

³³ Cristina Pardo, en su ponencia en las Primeras Jornadas de Derecho Constitucional celebradas en la Universidad del Rosario en el año 2006, expresó lo siguiente en relación con el criterio de proporcionalidad:

“A pesar de la supuesta objetividad del método de ponderación, el mismo ha recibido serias críticas, en especial por la dificultad que presenta en la asignación de valores o peso a los derechos. Por ello se ha preferido métodos que reparan más en razonabilidad de las medidas legislativas, vistas desde la óptica de su idoneidad y necesidad, sin excluir aspectos de proporcionalidad, punto este en donde el método de escrutinio se acerca al de ponderación.

Estos criterios han sido empleados en numerosos fallos por la Corte Constitucional; y en particular en materia de igualdad, el criterio de proporcionalidad ha sido una herramienta de gran importancia, como se analizará en secciones posteriores.

2.9. Derechos humanos y derechos fundamentales como derechos subjetivos

El derecho subjetivo ofrece a su poseedor, en primer lugar, la facultad de actuar en los límites fijados por la norma jurídica; en segundo lugar, la exigibilidad de una determinada conducta, positiva o negativa, a la otra parte de la relación jurídica; y en tercer lugar, y esto es lo principal, la posibilidad de reclamar los derechos a los jueces o a las autoridades estatales competentes. El derecho subjetivo es una garantía coercitiva del cumplimiento de la obligación por parte de quien viola o amenaza violar los derechos. Cuando los derechos son subjetivos, no son simplemente programáticos.

Para Savigny el derecho subjetivo consiste en una voluntad jurídicamente protegida, en donde lo central es que el titular del derecho lo controla, estando autorizado para demandar, pero no obligado; por eso depende de su voluntad. Esta posición es inconsistente porque hay derechos irrenunciables.

El juicio de proporcionalidad es un método de escrutinio de las normas que restringen derechos fundamentales, estructurado a partir de varios pasos que debe adelantar el juez constitucional, que permiten verificar si la medida legislativa es adecuada o idónea así como necesaria para alcanzar una finalidad constitucionalmente válida, y si no resulta desproporcionada, es decir si no implica un sacrificio exagerado de un derecho o derechos frente a otro u otros.

Así las cosas, este test o examen de razonabilidad y proporcionalidad, está compuesto por tres juicios o pasos: (i) el juicio de idoneidad, en donde se verifica si la medida restrictiva de un derecho es adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente importante; este primer paso implica entonces el verificar dos aspectos: el de si existe un fin inmediato constitucionalmente válido, y el de establecer si la medida legislativa restrictiva es idónea, apta o adecuada para alcanzar tal fin inmediato; (ii) el juicio de necesidad consiste en constatar la existencia de medios alternativos al escogido por el Legislador, cuya constitucionalidad se enjuicia, con el fin de compararlos, para saber si la medida objeto de revisión es la menos gravosa frente al derecho fundamental que se ve restringido, o si existen otras medidas alternas igualmente adecuadas que impliquen menor afectación; y (iii) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que se identifica con el método de ponderación. En efecto, en la Sentencia C-022 de 1996 la Corte constitucional explicó que la proporcionalidad 'sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales' ".

Para Ihering, la esencia del derecho subjetivo consiste en un interés jurídicamente protegido. Este interés se refiere especialmente al fin: “los derechos están [...] al servicio de los intereses, necesidades, fines de comunicación”.³⁴ Este concepto también es vulnerable porque existen intereses que no son jurídicamente protegidos. H. Maurer, citado por Rodolfo Arango, entiende como derecho subjetivo “el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”.³⁵ El mismo Arango, haciendo una útil explicación, indica que el derecho subjetivo supone una norma jurídica válida, una obligación jurídica correlativa y una posición jurídica (poder jurídico para la consecución de intereses) y afirma: “Los derechos subjetivos pueden adoptar la forma de libertades, derechos a algo o competencias”.³⁶

Para Kelsen el derecho subjetivo es el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente. Luis Eduardo Nieto Arteta, tal vez influenciado por el positivismo, indica: “Toda norma encierra un deber jurídico, y dicho deber es inconcebible sin el correspondiente derecho subjetivo, así como ese derecho subjetivo existe porque existe un previo deber jurídico”.³⁷

Autores como Folgado y Elio Gallego llaman la atención sobre la visión de un derecho subjetivo como facultad o potestad, es decir, como la facultad de ser reclamado. Ellos recuerdan que el origen del derecho subjetivo está en los siglos XIV y XV, cuando la crisis marcó el fin de la Edad Media, y entonces no se confiaba ya en la norma *per se*, en el “dar a cada quien lo suyo” en abstracto, sino que lo importante era luchar por lo propio, reivindicarlo, lo cual favoreció la idea subjetiva del derecho como un poder de exigir. Esta visión se ligaba al pensamiento del monje franciscano Ockham, el “nominalista” que abogaba por el “individuo concreto”, en contra de los “universales” o “realistas” que admitían la realidad extramental (por ejemplo el concepto de hombre como una

³⁴ R. Ihering, citado por Alexy, *op. cit.*, p. 180.

³⁵ Arango, *op. cit.*, pp. 8-9.

³⁶ *Ibid.*, p. 23.

³⁷ Luis Eduardo Nieto Arteta, *La interpretación de las normas jurídicas*, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 64.

realidad), algo muy propio del dominico Tomás de Aquino. Esta apreciación no es extraña a la doctrina colombiana; Rodolfo Arango dice: “Sin adentrarse en el problema del estatuto ontológico de los derechos subjetivos, es decir, en la disyuntiva sobre si estos deben entenderse de un modo realista-platónico como objetos reales, o según una concepción nominalista, como objetos ficticios, es posible hablar sobre el uso del concepto del derecho subjetivo en el discurso y la práctica jurídicas”.⁵⁸

Hay que recordar que el enfrentamiento de nominalistas y realistas se da al finalizar la Edad Media, cuando el papado está en crisis y los pontífices se refugian en Avignon. En aquella época, la crisis de la Iglesia Católica era la crisis del mundo occidental. Cuando las civilizaciones están en crisis (como en la actualidad), el individuo concreto no se contenta con la norma universal sino que estima como lo más importante la facultad de reclamar lo propio, y es ahí donde se halla la fortaleza del derecho subjetivo. Quizás esta visión es la que tiene una mayor actualidad y efectividad porque permite decir que el derecho subjetivo es el reclamable, generalmente ante los jueces. Además, esto es acorde con los principios constitucionales de acceso a la justicia y prevalencia del derecho material.

Por otra parte, en este contexto se aprecia claramente la diferencia entre justicia y derecho. La justicia (de la cual el derecho es el alma, como bellamente dice Lachance) consiste en dar a cada uno lo que le corresponde. No soy justo por exigir lo que se me debe, por reclamar mi derecho, sino que lo es el otro cuando me lo respeta. En el cumplimiento de nuestras respectivas obligaciones es donde se crea y afianza una sociedad justa. En una sociedad justa se otorga el derecho sin necesidad de acudir ante los jueces, pero en una sociedad injusta, como la nuestra, lo común es tener que acceder a la justicia para reclamar el derecho; es entonces cuando se ve la importancia de los derechos subjetivos. Un ejemplo muy concreto: centenares de miles de personas en Colombia tienen que interponer la acción de tutela ante un juez para que las Entidades Prestadoras del Servicio les cumplan con el derecho a la salud. Esto es una prueba de una

⁵⁸ Arango, *op. cit.*, p. 8.

sociedad injusta, no de una sociedad contraria al derecho, ya que precisamente el Estado ha consagrado dicho derecho a la salud. Otro ejemplo: ante la crisis del Estado de Bienestar, los países europeos, para superar las grandes injusticias creadas por el modelo neoliberal, han fortalecido los servicios sociales a través de las leyes de atención a las personas en situación de dependencia, pero evitando llegar al asistencialismo.³⁹

La correlación de los derechos subjetivos de una persona y las obligaciones jurídicas de la otra parte de la relación jurídica debe distribuirse de manera uniforme, más allá de ser una fría consigna de la igualdad. Por eso, en las constituciones se garantizan los derechos subjetivos a la salud, a la educación, a la seguridad social, al trabajo, a la vivienda, al debido proceso, a las peticiones, etc.; derechos que en algunas ocasiones pueden ser colectivos y que también pueden ascender a la categoría de fundamentales.

En consecuencia, las crisis no pueden servir de disculpa para no otorgar los derechos, sino todo lo contrario: las crisis justifican con mayor razón la reclamación judicial de los derechos, por eso se califican como subjetivos.

Robert Alexy considera a los derechos fundamentales como derechos subjetivos y presenta el tema como antesala de los derechos a algo. Esta visión de los derechos fundamentales subjetivos también aparece en el libro de Rodolfo Arango.

Por supuesto que el tema de los derechos subjetivos tiene un punto débil: considerar que su base es la ideología individualista. El derecho subjetivo posee una enorme carga ideológica, máxime si conlleva la identificación del derecho con el poder, y por eso hay quienes piensan que el derecho subjetivo es individual y no puede ser colectivo o público. Sin embargo, no tendría sentido hablar de derechos fundamentales subjetivos y no predicar lo mismo de lo colectivo.

³⁹ En España, la Ley 39 de 14 de diciembre de 2006 dice: “La presente ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” (artículo 1.º), en armonía con el literal j) del artículo 4.º de la misma ley, que incluye dentro de los derechos de las personas en situación de dependencia el de: “iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente ley”.

Si se afirma que los derechos fundamentales son aquellos que la Constitución ha consagrado en su ordenamiento positivo, garantizándolos a los ciudadanos mediante la máxima disposición jurídica de que dispone, gozan de una doble identidad:

- a. En sentido formal: son derechos subjetivos garantizados por la Constitución.
- b. En sentido material: gozan de un reconocimiento universal y constante en las constituciones.

En virtud de ello se caracterizan, como lo ha dicho la Corte Constitucional, por ser derechos públicos subjetivos, es decir, que se ejercitan frente al Estado y también frente a particulares, lo cual genera en ellos unos deberes y obligaciones correlativos. Se puede recordar que en la Sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional dio órdenes a favor de todos los desplazados, hubieren o no interpuesto la tutela; es decir que en aquellos eventos en los cuales se dice que hay un estado de cosas inconstitucional se admite que unas pocas personas pueden invocar el amparo para todo su colectivo; luego sí existen derechos subjetivos colectivos.⁴⁰

Hay algo más en este tema de los derechos subjetivos: su vínculo práctico con los derechos humanos. Elio Gallego lo explica así:

La teoría de los derechos humanos se presenta por todo lo dicho como la última posibilidad de salvar el derecho subjetivo, tal y como fue concebido por el pensamiento ilustrado, del monopolio que el Estado ejerce sobre lo jurídico. Los derechos humanos representan además un límite, quizás el único en el momento presente, al Poder político, de ahí en gran medida su protagonismo en la actualidad.⁴¹

⁴⁰ El tema se torna complejo cuando la Corte Constitucional aparente o realmente se aleja de los derechos subjetivos y, para derechos con contenido prestacional, acude a la teoría de las políticas públicas para limitar la exigibilidad a niveles de cumplimiento.

⁴¹ Elio Gallego, *Tradicón jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 140.

En conclusión, los derechos humanos y los derechos fundamentales, para su efectividad, deben teórica y prácticamente ir de la mano de los derechos subjetivos.

2.10. Derechos adquiridos

El tema de los derechos adquiridos, que antes era conservador, pasa a tener la connotación de progresista en la jurisprudencia constitucional colombiana. De la antigua caracterización de “la propiedad y los demás derechos adquiridos”, se ha pasado a dos conceptos claramente diferenciados. Del reinado de la “propiedad” se ha derivado el imperio de los derechos adquiridos.

Particular importancia tienen los derechos adquiridos en material laboral y de la seguridad social, porque ante la flexibilización de las leyes laborales, impulsada por el modelo neoliberal, los trabajadores y los jubilados invocan los derechos adquiridos, puesto que estos se convierten en trinchera jurídica para evitar un deshumanizado despojo de sus derechos sociales.

Por consiguiente, los derechos adquiridos ya no son únicamente un instrumento válido para la aplicación de la ley en el tiempo (una ley no puede ser retroactiva si afecta derechos adquiridos; la ley puede señalar un régimen de transición si desea proteger los derechos en vía de adquisición), sino que se han convertido por un lado en derecho fundamental, en virtud del carácter social que comportan, y por otro lado le dan protección a otros derechos que se han consolidado.

Don Fernando Garavito decía a principios del siglo XX:

Pero cabe preguntar: ¿qué se entiende por derechos adquiridos? Ni el derecho público ni el privado de país alguno define tal concepto. La jurisprudencia tampoco lo ha determinado de modo preciso; y los expositores se limitan a consignar ejemplos sin dar norma segura.

Todos creemos tener idea clara de ese concepto, natural a nuestro ser, más preciso que cualquiera otra noción jurídica y por tanto de imposible definición. Pero cuando meditamos sobre la existencia de derechos adquiridos y su distinción con las meras expectativas, desaparece la claridad que creíamos tener.

Según Garavito, las condiciones que deben reunirse para que un derecho sea legítimamente adquirido son las siguientes: “1ª. Que se trate de un beneficio moral o material, concedido por la ley. 2ª. Que esta ley haya originado un hecho, bien sea acto o contrato, capaz de producir o aprovechar el beneficio. 3ª. Que este beneficio haya entrado realmente al patrimonio del titular, de conformidad con la ley misma. Es preciso, por tanto, que ese beneficio haya aumentado el caudal de nuestro patrimonio”.⁴²

Lo último que ha dicho la jurisprudencia constitucional en materia de derechos adquiridos es que son lo intangible y lo inmodificable. La Sentencia C-314 de 2004, en alguno de sus apartes, indica: “Lo que como primera medida debe recordarse es que los derechos adquiridos tienen rango constitucional, razón por la cual ninguna disposición normativa de inferior categoría puede contener orden alguna que implique su desconocimiento”.

La citada sentencia abogó por una visión no restringida de los derechos adquiridos. Para llegar a esta posición, requirió profundizar la orientación que han tenido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre esta materia en los fallos de constitucionalidad. En efecto, la jurisprudencia, a principios del siglo XX, consideró a los derechos adquiridos como derechos objetivos e instrumento para la aplicación de la ley en el tiempo, pero luego, en un evidente replanteamiento, los identificó como derechos perfectos; en la evolución jurisprudencial se llega, en 1967, a adoptar la denominación de situación jurídica concreta y subjetiva; pero la jurisprudencia de la Corte Constitucional se inclina por la denominación de derechos adquiridos, aunque la fortaleza de la teoría es trasladada al derecho laboral y de la seguridad social, y dentro del derecho laboral al derecho colectivo, como aconteció con la citada Sentencia C-314/04.

Valga la pena mencionar, a título informativo, las sentencias más importantes proferidas durante un siglo, para analizar la evolución coherente que ha tenido el tema de los derechos adquiridos y, por ende, la posibilidad de formular líneas jurisprudenciales, sin necesidad de elaboraciones estructuralistas de discutible respaldo práctico:

⁴² Ver la “Introducción” a la *Compilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 1927, pp. LXXIII y ss.

- a. La Sentencia de 2 de marzo de 1918, con fundamento en el viejo artículo 31 de la Constitución –después sería artículo 30–, recuerda que los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores (es decir, la visión del derecho adquirido ligada a la aplicación de la ley en el tiempo), pero agrega algo: que conforme a la ley derogada, no podrán las personas naturales o jurídicas adquirir en lo sucesivo derechos derivados de aquella.
- b. Sentencia de 28 de octubre de 1925. En aquel entonces, caracteriza al derecho adquirido como un derecho real porque es algo sometido a nuestra denominación y viene a formar parte de nuestro patrimonio. Recuerda la Corte Suprema que el tema de los derechos adquiridos tiene que ver con el respeto que les debe tener la nueva ley que se expida, sin embargo, dice que principios de seguridad pública, necesidades sociales, cuestiones que tengan que ver con “la salud del Estado” afectan el principio de la no retroactividad de la ley.
- c. Sentencia de 9 de noviembre de 1929. Se refiere a la reglamentación de los derechos adquiridos; pone de presente la Corte que el artículo 28 de la Ley 153 de 1887 establece: “Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de la otra, pero en cuanto a su ejercicio y cargos y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley”.
- d. Sentencia de 12 de noviembre de 1937. Da un enorme salto cualitativo sobre derechos adquiridos y retrospectividad. Es interesante decir que la Corte se remite al tratadista Fiore, para quien es derecho adquirido el derecho perfecto, o sea, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor.
- e. Particular importancia tiene la Sentencia de 28 de febrero de 1946: es la jurisprudencia clásica en materia de pensiones. En ese fallo, cuyo ponente fue Aníbal Cardoso Gaitán, se declara inexecutable el artículo 9 del Decreto 136 de 1932, que puso límite a las mesadas pensionales. Es la primera sentencia donde se habla del estatus del pensionado y se supera el concepto de beneficio.

- f. Hay otro salto cualitativo en la Sentencia de 6 de febrero de 1967. La Corte Suprema encuentra imprecisa la noción tradicional de derecho adquirido: considera que no es suficiente para explicar la aplicación de la ley en el tiempo. Por eso se inclina por la denominación de situación jurídica concreta y sostiene que la prohibición del efecto retroactivo de la ley nueva significa que esta no puede ser aplicada a aquellas situaciones jurídicas que se han constituido o extinguido con anterioridad a su vigencia, ni a los efectos producidos por ellas o que están en vía de producirse; tales situaciones y efectos quedan sometidos a la regulación de la ley antigua.
- g. Sentencia de 12 de diciembre de 1974 de la Corte Suprema de Justicia, sobre situación jurídica concreta y subjetiva. Abandona el criterio anterior, según el cual se trataba de un derecho objetivo; es, pues, otro avance muy importante.
- h. Durante la vida de la Corte Constitucional, la Sentencia C-168 de 1995 define el concepto de derecho adquirido sin apartarse de la proyección que había señalado la Corte Suprema.
- i. En un aspecto muy puntual, la Sentencia C-262 de 1995 de la Corte Constitucional señala que la redefinición del régimen laboral no puede afectar los derechos adquiridos. Reafirma así el empleo del derecho adquirido en el derecho público (del cual hace parte el derecho laboral).
- j. Sentencia C-584 de 1997, Corte Constitucional. Reitera la diferenciación entre derechos adquiridos y simples expectativas; es decir que vuelve a “jugar” con los derechos adquiridos y la aplicación de la ley en el tiempo. En este sentido, la Sentencia C-453 de 2002 se refiere a las simples expectativas.
- k. Sentencia C-314 de 2004, Corte Constitucional. Puede considerarse como una jurisprudencia paradigmática en cuanto a los derechos adquiridos; su visión se amplía hasta amparar inclusive a los derechos convencionales de funcionarios que pasan a la categoría de empleados públicos. Allí se dice: “Los derechos adquiridos son aquellos que han ingresado definitivamente en el patrimonio de la persona. Así, el derecho se ha adquirido cuando las hipótesis descritas en la ley se cumplen en cabeza de quien reclama el derecho, es decir, cuando las premisas legales se configuran plenamente”. Como se aprecia, es una rica jurisprudencia, garantista, que no puede ser minimizada.

Además, el tema de los derechos adquiridos es un ejemplo claro en el cual se ve la posibilidad, y hasta la necesidad, de hacer un estudio conjunto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, ya que perfectamente se puede extraer una línea jurisprudencial clara: la protección judicial, sin excepción alguna, de los derechos adquiridos; es decir que se adopta el concepto fuerte de derecho adquirido proveniente de la década de 1960.⁴⁵

⁴⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha ocupado del tema de los derechos adquiridos en la seguridad social. Por ejemplo, en el fallo de los cinco pensionados *vs.* Perú, de 28 de febrero de 2003, dijo lo siguiente: “116. Si bien el derecho a la pensión nivelada es un derecho adquirido, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, los Estados pueden poner limitaciones al goce del derecho de propiedad por razones de utilidad pública o interés social. En el caso de los efectos patrimoniales de las pensiones (monto de las pensiones), los Estados pueden reducirlos únicamente por la vía legal adecuada y por los motivos ya indicados. Por su parte, el artículo 5.º del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante ‘Protocolo de San Salvador’) sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, ‘mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos’. En toda y cualquier circunstancia, si la restricción o limitación afecta el derecho a la propiedad, ésta debe realizarse, además, de conformidad con los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Convención Americana”.

3. Constituciones y control constitucional en Colombia

Gloria Ortiz Delgado*

María Teresa Palacios Sanabria**

Oscar José Dueñas Ruíz***

Edgar Ospina Duque****

Blanca Patricia Orjuela Ramírez*****

3.1. Las primeras constituciones y el incipiente control judicial constitucional

Se ha sostenido que las primeras constituciones expedidas en Colombia tuvieron como punto de referencia la Constitución de los Estados Unidos. Es necesario aclarar que la Convención de Filadelfia de 1887 contó con cincuenta y cinco delegados que realizaron una Constitución, fruto de una transacción entre demócratas radicales y conservadores republicanos. Con posterioridad, en el periódico *El Federalista*, Hamilton y Madison, especialmente, hicieron comentarios no solo a la Constitución sino a la manera de interpretarla, ajustándose a las reglas hermenéuticas fijadas por el profesor inglés Sir William Blackstone, años antes de la Emancipación. A principios del siglo XIX el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, bajo la presidencia del juez Marshall, le dio a la judicatura la facultad de efectuar un control judicial difuso.

* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, ex-magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

** Abogada de la Universidad del Rosario, candidata a doctora de la Universidad de Sevilla, profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

*** Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

**** Abogado de la Universidad del Cauca, especialista en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre.

***** Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Católica, funcionaria de la Corte Constitucional.

Tales características no se proyectan en el constitucionalismo inicial de Colombia. Quienes intervinieron en la emancipación de la Nueva Granada indudablemente conocieron la Constitución de Filadelfia, ya que fue la primera Constitución escrita; posiblemente adoptaron algunas pautas organizativas del Estado norteamericano y se informaron de la discusión federalismo *vs.* centralismo, pero en realidad el modelo republicano norteamericano no fue hegemónico, en primer lugar porque en la Constitución de Filadelfia no figuraba la Carta de los Derechos (esto fue motivo de las Enmiendas), mientras que en las constituciones de la Nueva Granada ocupaba lugar preponderante. Nuestros próceres tradujeron la Declaración de los Derechos del Hombre y por supuesto conocieron las constituciones de la Revolución francesa. En consecuencia, el constitucionalismo colombiano se nutrió de muchas fuentes.

La primera Constitución que se expidió en la Nueva Granada fue la de Cundinamarca en 1811, redactada por Jorge Tadeo Lozano; tenía ribetes monárquicos que llegaban hasta el reconocimiento de Fernando VII como rey de estos territorios, tan es así que existió dentro de su texto un título llamado “De la corona”.¹ Se estableció, como parte de la estructura del poder judicial, un Senado de Censura y Protección para proteger lo establecido en la Constitución. En esa época no se hablaba de derechos humanos, pero sí de los derechos del hombre y del ciudadano: igualdad, libertad, seguridad, propiedad, que se incluyeron en el título XII. Pocos días duró esta Constitución.

La segunda Constitución de Cundinamarca, promulgada en el año 1812, abandona el respeto a la monarquía, no incluye el Senado de Censura, establece los derechos del hombre y sus deberes y vuelve a mencionar la seguridad (como emanación de la soberanía y en cierta forma como proyección del dilema planteado por Rousseau en su *Contrato Social*: libertad-seguridad).

Posteriormente, la Constitución de 1821 no mencionó nada sobre control constitucional, y en lo referente a las garantías procesales, las ubicó bajo el alero del derecho a la libertad. Eran tiempos en que Jeremy Bentham tenía enorme influencia en la Nueva Granada.

¹ La Constitución exigía que cualquier matrimonio del monarca español contara con la aprobación de los gobernantes de Cundinamarca, al fin y al cabo, se vivía lo que se denominó por los historiadores como la Patria Boba.

En la Constitución de 1830 (Congreso Admirable), en el título XI, se vuelven a consagrar los derechos civiles y las garantías, que pueden ser reclamados individualmente pero no a nombre del “pueblo”: quien lo hiciera así, lo dice el mismo texto constitucional, daría lugar a ser perseguido y apresado. Por otro lado, se estableció que el Congreso pudiera resolver las dudas que surgieran respecto de la Constitución, es decir que no se pensó que fuera la interpretación constitucional una competencia de los jueces. Esta atribución de que el Congreso resolviera las dudas sobre los artículos de la Constitución se mantendría en la Carta de 1832. Igualmente, se consagraron en ambas Cartas normas sobre derechos civiles y sus garantías.

La Constitución de 1843 estableció que las dudas sobre su interpretación pudieran ser resueltas por ley especial, es decir que el Congreso tenía la facultad de interpretarla.

La Constitución de 1853 dice que las normas sobre las garantías procesales se ubican dentro de los derechos relativos a “la seguridad personal”. Surge un tenue control judicial constitucional porque, aunque se establece que la Carta puede ser “aclarada” por ley, de todas maneras se le adscribe a la Corte Suprema (artículo 42) competencia para resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales contrarias a la Constitución y las leyes.²

La Constitución de 1858, en su artículo 50, le adscribe competencia a la Corte Suprema de Justicia para suspender la ejecución de los actos de las legislaturas de los Estados en cuanto sean contrarias a la Constitución y a las leyes de la Confederación, y le asigna al Senado la decisión sobre su validez o nulidad. Las normas sobre derecho de defensa continúan haciendo parte de la “seguridad individual”.

A raíz del Pacto de la Unión del 20 de septiembre de 1861 se da piso a la Constitución de 1863, que se expidió en Rionegro. La sección segunda de esta nueva Carta se refiere a la “garantía de los derechos individuales”, pero continúa calificándolos como “seguridad personal”. En cuanto a control constitucional, el artículo 72 establece que la Corte Suprema puede suspender los

² En dicha Constitución se le dio gran importancia a las “provincias”.

actos legislativos de las asambleas de los Estados que sean contrarios a la Constitución, y luego el Senado decidirá definitivamente sobre su nulidad o validez.

Como se observa, durante la época relacionada se dieron los primeros pasos normativos hacia el control judicial constitucional, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

3.2. La Constitución de 1886 y la “legalización” de los derechos constitucionales³

El presidente Rafael Núñez, victorioso en la batalla de La Humareda, impulsó lo que se llamó la “Regeneración Fundamental”. Dictó el Decreto 594 de 10 de septiembre de 1885 que convocó delegatarios a un Consejo Nacional para reformar la Constitución. El 11 de noviembre de 1885 se instaló formalmente el Consejo Nacional de Delegatarios, compuesto por nueve conservadores y nueve independientes que integraban lo que se llamaba el Partido Nacional. Núñez se dirigió ese día al cuerpo constituyente en una extensa intervención que fijaba los parámetros de su política.⁴ Entre otras cosas, expresó:

Sobre las normas: “El particularismo enervante debe ser reemplazado por la vigorosa generalidad”, es decir, las normas abstractas.

Respecto a la democracia: “Las Repúblicas deben ser autoritarias”, y “[e]n lugar de un sufragio vertiginoso y fraudulento, deberá establecerse la elección reflexiva y auténtica”.

Respecto al sistema educativo: “deberá tener por principio primero la divina enseñanza cristiana, por ser ella el alma máter de la civilización del mundo”.

En cuanto a la libertad: “Hicimos, en suma, de la libertad humana un ideal estúpido, semejante a los ídolos sangrientos de las tribus bárbaras”.

En fin: “Reemplazar la anarquía por orden es, en síntesis estricta, lo que de nosotros se promete a la República”.

³ Analistas constitucionales, como David Mendieta González, consideran que la acción de inconstitucionalidad desapareció en Colombia con la Constitución de 1886 (ver revista *Pensamiento y Poder*, vol. 1, No. 2, julio - diciembre de 2008, pp. 125 y ss.). Como se indicará en esta investigación, la acción ciudadana no se consagró en dicha Constitución de 1886, pero sí existió control constitucional por la Corte Suprema de Justicia.

⁴ El discurso de Núñez aparece en el libro de Manuel Pombo y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, Echeverría Hermanos, Bogotá, 1892, pp. 353 y ss.

Instalada la Asamblea Constituyente por Rafael Núñez, el 30 de noviembre de 1885 se aprobó un acuerdo sobre lo que habría que reformar, y luego de meses de deliberaciones se aprobó la Constitución de 1886,⁵ “En el nombre de Dios, fuente suprema de toda autoridad”. La Constitución de 1886 estaba enmarcada por el catolicismo y, es innegable la influencia del arzobispo Paúl. Además de reconstituir la nación en forma de República unitaria y de señalar la organización del Estado, reguló las relaciones entre este y la Iglesia Católica.

Vale la pena recordar que el constitucionalismo del siglo XIX, en todas partes, menos en la Colombia de 1886, respondió a la realidad económica que motivó la Revolución Industrial Inglesa, a los postulados liberales de la Revolución Francesa, a las consignas de libertad, igualdad, fraternidad; al pensamiento de los constituyentes norteamericanos. Pero la Constitución de 1886, aunque mantuvo la estructura existente en otras constituciones, no respondió a la modernidad jurídica (que es palpable en el Código Civil Napoleónico), sino que en cierta manera fue premoderna, se caracterizó por ser clerical, no consagró el sufragio universal sino que estableció un curioso sistema electoral en el cual “[l]os ciudadanos que sepan leer y escribir, o tengan una renta anual de quinientos pesos, o propiedad inmueble de mil quinientos, votarán para Electores y elegirán directamente representantes” y, “[l]os Electores votarán para Presidente y Vicepresidente de la República”; esa Constitución de 1886 expulsó de su texto al derecho de igualdad y, aunque reconoció los derechos de libertad, engendró el artículo 121 que permitió un estado de sitio que golpeó duramente las garantías individuales. Además reimplantó la pena capital, aunque le permitió al presidente conmutar las penas de muerte.⁶

⁵ La Constitución de 1886, durante un siglo, tuvo sesenta y seis reformas.

⁶ Fue una Constitución muy conservadora, valga esta referencia como prueba:

En el periódico tradicionalista *Correo de las Aldeas*, de 6 de agosto de 1887, se reprodujo un artículo del periódico *La Caridad*, de 1880, donde se le pedía al señor Núñez que cambiara la Constitución de 1863, o si no “Colombia se disolverá”. Dentro de los argumentos estaba el siguiente: “Ahora ved, señor [se dirigía a Núñez], la apretura como de parto en que están puestas algunas de las viejas monarquías de Europa. La Comuna, la Internacional o los nihilistas, que todo viene a ser una misma cosa, han minado aquellas sociedades. Los reyes se sienten impotentes contra una sorda conjura subterránea”. Para mostrar el contraste, la edición del *Correo de las Aldeas* de 1887 iniciaba con esta frase: “¿Quién pudo decirnos entonces, que al cabo de pocos años no más

Se puede, entonces, afirmar que la Constitución de 1886 estuvo al margen del espíritu liberal propio del avance de la burguesía. Por eso no deja de causar estupor que cuarenta y dos años después, el 13 de noviembre de 1928, la Corte Suprema en sentencia de inconstitucionalidad dijera que fue una Constitución revolucionaria.

Es interesante anotar que internamente, dentro del Consejo de Delegatarios que expidió la Constitución de 1886, se contó con el apoyo de una de las inteligencias más brillantes del pensamiento conservador, el señor Miguel Antonio Caro; y, externamente, con la influencia del arzobispo Paúl, uno de los jerarcas más claros sobre la preeminencia de la Iglesia y la visión católica del Estado.⁷ Tampoco se puede olvidar que en el año de 1884 el Papa León XIII expidió la encíclica *Human Genus*, planteamiento del catolicismo sobre el Estado, en contra del liberalismo y en cierta forma de la masonería. La encíclica criticaba a los “naturalistas”, o sea a quienes abogaban por la separación absoluta de la Iglesia y del Estado y por la democracia liberal.

Sea lo que fuere, el título III de la Constitución de 1886 consagró los derechos civiles y garantías sociales. Ya no los ubicaba bajo el alero de la seguridad, como aconteció con constituciones anteriores. El mencionado título III ingresó al Código Civil de acuerdo con el artículo 52 de la Constitución y el artículo 4.º de la Ley 57 de 1887. Es decir, que para que las normas constitucionales tuvieran categoría de derechos subjetivos necesitaban ser incorporadas a la ley. Hay que aclarar que en el Consejo de Delegatarios no fue fácil que se aceptara la incorporación del título III en el Código Civil, ya que había quienes eran reacios a que los jueces y magistrados aplicaran en sus fallos la Constitución. Fue el constituyente doctor José María Samper (después ingresaría a la Corte Suprema) quien comentó en su libro de derecho público colombiano:

la República, de atea, fuera de nuevo cristiana, y que del abismo de la anarquía, a cuyo borde estaba, se había de levantar regenerada? Bendito sea Dios, Máximo y Omnipotente, y benditos también los hombres a quienes después de Él, se debe la obra de la redención”.

⁷ El arzobispo Paúl convenció a sus fieles más escépticos de las “bondades” de la Constitución de 1886.

Si el título III de la Constitución queda incorporado en el Código Civil, como Título Preliminar, y con él pueden estar en desacuerdo otras disposiciones del mismo Código, o de las leyes que lo reforman o adicionen, es evidente que todo juez, al aplicar estas disposiciones, ha de ajustarse a las reglas de hermenéutica que le están impuestas. Y como una de esas reglas manda que el sentido de unos artículos se entienda y fije por el de otros (cuando hay discordancia), de modo que todos concuerden, es obvio que, entre opuestas o discordantes disposiciones del mismo código, el juez ha de preferir o anteponer a las inferiores las superiores, a las ejecutivas o secundarias las sustantivas o primordiales, a las que pueden ser reformadas por medio de simples leyes, aquellas que, por ser constitutivas, no son alterables sino a virtud de reforma de la Constitución y tienen, por tanto, carácter de fundamental permanencia.

Sin embargo, en contra del pensamiento del señor Samper, en el Consejo Legislativo que se reunió luego de ser expedida la Constitución, dentro del texto de la Ley 153 de 1887 se estableció la presunción de constitucionalidad en el artículo 6, que dijo: “Una disposición expresa de la ley, posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere disposición terminante sino oscura o deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la misma Constitución preceptúa”.

El señor Caro opinaba: “Si el soberano dicta una ley inconstitucional, esta ley sancionada y promulgada debe ser obedecida, mientras no haya, como no lo hay, un poder superior que tenga la facultad de anularla”.⁸

Este artículo de la Ley 153 de 1887 dejó sin piso el criterio del señor Samper y además derogó una norma expedida meses antes en la Ley 57 de 1887, según la cual “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicará aquella”.⁹

⁸ Academia Colombiana de Historia, *Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886*, Plaza y Janés, Bogotá, p. 94.

⁹ Es interesante informar que las discusiones de dicho Consejo Legislativo aparecen publicadas en el *Diario Oficial*, y allí se aprecia que esta norma de la Ley 57 de 1887 fue defendida por el

En todo caso, en la Constitución de 1886, dentro de las atribuciones otorgadas a la Corte Suprema, artículo 151, numeral 4.º, figuraba la siguiente: “Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales”. En aquel entonces se denominaba “actos legislativos” a los proyectos de ley. A su vez, el artículo 90 de la Constitución se refería a las objeciones presidenciales.

La Corte Suprema de Justicia también tenía competencia para decidir, de conformidad con las leyes, sobre la validez o nulidad de las ordenanzas departamentales que hubieren sido suspendidas por el gobierno o denunciadas ante los tribunales como lesivas de derechos civiles. Esa atribución tuvo un esguince temporal. En efecto, el artículo transitorio I ordenaba que “las leyes de los extinguidos Estados que fueron denunciadas ante la Corte Suprema Federal y suspendidas por ella, y aquellas sobre las cuales no recayó resolución unánime de la misma Corte, serán pasadas al Consejo de Delegatarios, para que él decida sobre su validez o nulidad definitivas”.

En consecuencia, la Constitución de 1886 le adscribió a la Corte Suprema de Justicia la facultad para decidir sobre la exequibilidad o inexecutable de proyectos de ley objetados por el presidente de la República y sobre la validez o nulidad de las ordenanzas suspendidas por el gobierno o denunciadas ante los tribunales de distrito por los interesados, en cuanto “sean lesivas a derechos civiles” (numeral 5.º del artículo 151 de la C.N.).

Posteriormente, la Ley 2 de 1904, artículo 2.º, permitió que la Corte Suprema de Justicia declarara la validez o invalidez de los decretos legislativos dictados en virtud del artículo 121 de la Constitución. Fue un relativo avance del control constitucional judicial, con las vicisitudes que surgirían por la coetánea vigencia del artículo 6 de la Ley 153 de 1887. Pero no tuvo operatividad alguna la citada Ley 2 de 1904.

magistrado de la Corte señor Manuel José Angarita; pero el mismo magistrado, al discutirse la Ley 153 de 1887, justificó el cambio como expresión de una hermenéutica racional, ya que según él, el Legislador es quien mejor puede determinar cuándo una ley se ajusta o se aparta del espíritu de la Constitución.

3.3. La reforma constitucional de 1910, avance del control judicial constitucional

Tres acontecimientos signaron la historia colombiana a principios del siglo XX: la pérdida de Panamá, la Guerra de los Mil Días y la tecnificación de la producción de café, que convirtió a este grano en el primer rubro de las exportaciones colombianas. Pero, al mismo tiempo, Colombia estaba inmersa en una crisis económica. Surgió, especialmente en el departamento de Antioquia, una élite que requería de reglas de juego para un incipiente desarrollo capitalista. Lo que no se ve muy claro es si se trataba de otra corriente estamentaria de familias económicamente acomodadas, o si más bien era un sector de la burguesía nativa, diferente a los rentistas y latifundistas del siglo XIX.

Nació entonces el Partido Republicano, llegó a la presidencia el señor Carlos E. Restrepo, se modificó sustancialmente la Constitución de 1886 y se le dio la preponderancia debida al texto constitucional. Se puede afirmar que la Constitución de 1886 no fue la misma después de 1910.¹⁰

El Acto Legislativo No. 3 de 1910 retomó la propuesta esbozada por el señor Samper y por la Ley 57 de 1887. Se expidieron dos normas que le darían carácter de civilidad a recursos jurisdiccionales que limitarían los abusos del parlamento.

El artículo 40 del Acto Legislativo No. 3 de 1910 estableció: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales”.

El artículo 41 del mismo Acto Legislativo, determinó lo siguiente:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confiere ésta y las leyes, tendrá las siguientes:

Decidir definitivamente sobre la inexecutable de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre

¹⁰ La Reforma a la Constitución en 1910 abolió la pena de muerte, dió un empuje a la democracia representativa y al sufragio universal y permitió el desarrollo de una verdadera jurisdicción contencioso administrativa.

todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.

Estas normas, que muy pocas modificaciones irán a tener hasta finales del siglo XX, serán los pilares del control judicial constitucional en Colombia y servirán para una importante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Como se aprecia, se consagraron al mismo tiempo la acción de constitucionalidad (sistema concentrado de control ya que sería la Corte Suprema la que definiría si una norma inferior estaba o no de acuerdo con la Constitución), y la excepción de inconstitucionalidad (sistema difuso: las autoridades tendrían la potestad de inaplicar, en el caso concreto, una norma inferior que estimaran contraria a la Constitución).

¿Significa lo anterior que se admitieron los dos modelos de control: el norteamericano y el continental?

Esta opinión la defendió hace medio siglo el profesor Leopoldo Uprimny, pero no fue admitida porque el control concentrado debe estar en cabeza de los tribunales constitucionales y no de los tribunales de casación, como ocurría cuando la Corte Suprema y no un tribunal constitucional era la encargada de la guarda de la Carta Fundamental.

3.4. Reforma Constitucional de 1936

Esta reforma no puede analizarse por fuera del contexto internacional que rodeó el primer y segundo gobierno de Alfonso López Pumarejo (1934-1938, 1942-1945). Su elección y gobierno se desenvuelven en el marco internacional de la denominada por algunos como Guerra de los Treinta Años, que va desde 1914 a 1945 e incluye lo siguiente: Primera Guerra Mundial, 1914-1918; Revolución Mexicana, febrero de 1917; Revolución Bolchevique en Rusia, noviembre de 1917; revolución fracasada de Alemania que concluyó con la expedición de la controvertida y a veces exaltada Constitución de Weimar, 1919; la Gran Depresión de 1929; la Guerra Civil Española y la Constitución de 1931; el triunfo de Hitler en Alemania, en 1933; y la Segunda Guerra Mundial, 1939-1945.

Podría decirse, con cierto optimismo, que surgen en esta época el Estado Social de Derecho o el Estado de Bienestar¹¹ y el constitucionalismo social.

A su vez, dentro del contexto nacional, empieza a cambiar la estructura económica y social del país. Son de resaltar estas facetas:

- Se empieza a configurar, sin una revolución, la burguesía industrial y financiera, que se confunde con la comercial que ya venía de atrás. El presidente López hablaba de “Revolución en marcha”, la gente pensaba que era una revolución de corte socialista, mas pareciera una forma inteligente de prefabricar una revolución burguesa.
- Surge el proletariado agrícola e industrial, con sus organizaciones y exigencias.
- Crece igualmente la burocracia estatal.

Son palpables las fuertes contradicciones entre el viejo país de la hegemonía conservadora y el nuevo país de los gobiernos inaugurados en 1930.

Pues bien, las nuevas realidades del mundo y del país exigían adecuar la estructura del Estado y del ejercicio del poder a las condiciones económicas, sociales y políticas. Los puntos específicos de la reforma de 1936 son los siguientes:

- a. Se modificó la definición de los límites del país, introduciendo la lista de los tratados que demarcaban los límites con los otros países.
- b. Se aumentó el monto de la renta exigida para que se le diera la categoría de departamento a una unidad territorial.
- c. Se estableció la igualdad de derechos civiles y garantías para nacionales y extranjeros, eliminando el anacrónico concepto de la reciprocidad.
- d. Se le permitió a la mujer el desempeño de cargos públicos que conllevaran jurisdicción y mando, pero no se llegó hasta reconocerle la igualdad de derechos con el hombre.¹²

¹¹ Para la Corte Constitucional se trata de fenómenos diferentes.

¹² Ya en 1932, mediante la Ley 28, se le había reconocido a la mujer la facultad de administrar sus propios bienes, y antes de esta ley se le había autorizado para ser testigo de toda clase de actos civiles.

- e. Se indicó que las autoridades de la nación estaban constituidas para proteger a todos los ciudadanos su vida, honra y bienes.
- f. Se garantizó la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes. En la misma norma se incluyó un aspecto muy importante relacionado con la función social que debía cumplir la propiedad privada. Se incluía así una limitación al ejercicio de la propiedad y se dejó establecido que la propiedad privada pudiera ser desconocida cuando así lo exigiera el interés social o la utilidad pública.
- g. Se consagró el derecho del Estado a intervenir para dirigir la economía del país. Con fundamento en esta norma surgieron las empresas públicas y las empresas industriales y comerciales del Estado, y este intervino para explotar y comercializar numerosos recursos naturales como el petróleo, y para organizar y prestar el transporte y la educación.
- h. Se modificaron las relaciones del Estado con la Iglesia al introducir la libertad de conciencia, en el marco de la libertad de cultos, siempre que estos no fueran contrarios a la moral cristiana ni a las leyes.
- i. Se estableció la libertad de enseñanza, lo que en la práctica era un golpe al dogmatismo confesional.
- j. Se desarrolló el precepto, que ya venía de tiempo atrás, sobre la libertad de escoger profesión u oficio.
- k. Se introdujo la asistencia pública como función del Estado. Este concepto, conjuntamente con otros, empieza a superar la consagración de los derechos civiles y políticos del siglo XIX, para empezar a entrar en el campo de los derechos económicos y sociales propios del siglo XX.
- l. También se estableció que el trabajo era una obligación social y gozaría de la especial protección del Estado. Esta norma sentó las bases para el reconocimiento de otra serie de derechos de carácter laboral individual y colectivo. Asimismo, se consagró en la normatividad constitucional el derecho a la huelga, exceptuando los servicios públicos.
- m. Respecto al control judicial constitucional, se mantuvo en los términos establecidos en la reforma de 1910, aunque, según informa J.A. Archila en su prólogo a la edición del Código Civil, existió la idea (afortunadamente

rechazada) de suprimir el artículo 40 de la reforma constitucional del año 1910.¹⁵

3.5. Reforma constitucional de 1945

Esta reforma se inicia durante el segundo gobierno de Alfonso López Pumarejo, un poco antes de que presente la renuncia al cargo y sea reemplazado por Alberto Lleras Camargo, quien terminaría el periodo presidencial. En el ámbito internacional, finalizaba la Segunda Guerra Mundial y las potencias triunfantes se repartían zonas de influencia en el mundo. Empezaba la Guerra Fría, que terminaría en 1989 con la desintegración de la URSS y todo el bloque de la Europa del Este. Es un momento en el cual existe un desarrollo sin precedentes del capitalismo, y al mismo tiempo una consolidación en Europa, con desigualdades, del Estado de Bienestar, como una respuesta defensiva del capitalismo ante el avance de los partidos de los trabajadores, pues en este periodo dieciséis países se alinean con la URSS y los dos sistemas compiten por el predominio, en una competencia que se resolvería a favor del capitalismo en 1989.

En el contexto nacional, hay un desarrollo en el campo, pero al mismo tiempo se avanza hacia un país urbano. Ese desarrollo viene acompañado de la violencia partidista que se agudizaría luego del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán. Es una etapa en la que se aprecia un evidente desgaste del Partido Liberal.

La reforma constitucional de 1945 se concentró más en la parte orgánica de la Constitución que en su parte dogmática, a diferencia de la reforma de 1936. Además, en 1936 existía un gobierno liberal fortalecido; en 1945 su signo era la debilidad. Estas fueron las características de la reforma:

- a. En cuanto a la función legislativa: se consagró la elección directa por el voto universal para los congresistas. Se eliminó el tercer debate para los proyectos de ley y se institucionalizaron las comisiones permanentes para discutir y aprobar las leyes en primer debate. Se estableció el mecanismo de los mensajes de urgencia del presidente de la República para agilizar

¹⁵ Publicación fechada en 31 de enero de 1936, *Cromos*, Bogotá.

los debates de las leyes y demás asuntos en el Congreso. Se estableció que el Congreso y el gobierno presentaran planes de desarrollo en las distintas esferas de la administración. Se facultó al Congreso para fijar planes y programas de todas las obras públicas que hubieran de emprenderse o modificarse. Se le dio a la Cámara de Representantes la facultad de elegir procurador general, de terna enviada por el presidente. Asimismo se consagró constitucionalmente la Contraloría General de la República y su jefe, elegido por la Cámara de Representantes.

- b. Dentro de la estructura administrativa, se crearon los departamentos administrativos. Para la capital de la República se estableció la categoría de Distrito Especial.
- c. Respecto al poder judicial: para la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia se estableció el sistema de ternas enviadas por el presidente a las Cámaras, e igual procedimiento para la elección de los miembros del Consejo de Estado. Este último organismo conocería del control de los decretos del gobierno de carácter administrativo, y la Corte seguiría conociendo de las demandas de inexecutableidad de todas las leyes y de los decretos asimilables a leyes por su contenido material, o sea los dictados con fundamento en las facultades otorgadas por los artículos 76 y 121 de la Constitución de 1886.

Después de esa reforma constitucional, en la década del 50, hubo dos episodios: el proyecto de Constitución de Laureano Gómez, que afortunadamente no llegó a término;¹⁴ y el plebiscito de 1957, en el que se ratificó la vigencia de la Constitución de 1886, se dijo que Colombia era un país católico, apostólico y romano, se entronizó la paridad en todos los cargos públicos (entre liberales y conservadores) y la alternancia en la Presidencia de la República entre los dos partidos tradicionales, pero se dejó intacto el control judicial constitucional.

¹⁴ En el proyecto se decía que los decretos expedidos en virtud del artículo 121 (estado de sitio) no tendrían control constitucional.

3.6. Reforma constitucional de 1968 como nuevo enfoque del Estado

Bajo la bandera de la modernización del Estado, de la redistribución de las funciones entre las ramas del poder público, especialmente legislativa y ejecutiva, la actualización del régimen administrativo de departamentos y municipios y la tecnificación del funcionamiento del Congreso, se dieron en la reforma constitucional de 1968 importantes variaciones que redundaron, sin lugar a dudas, en la protección de los derechos humanos y en el control constitucional. Dicha reforma constitucional ha sido entendida por la mayor parte de la doctrina como la enmienda de más impacto en el derecho constitucional colombiano, toda vez que modificó 77 artículos de la Constitución de 1886.

Las 77 modificaciones se concentraron en temas como el de libertades y derechos políticos, ampliación de competencias para la Corte Suprema Justicia, redistribución de funciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, planeación económica y administración local y regional.

3.6.1. Ampliación de garantías constitucionales

En el primer aspecto, el artículo 5.º del Acto Legislativo No. 1 del 11 de diciembre de 1968, al modificar el artículo 28 de la Constitución, dispuso que durante tiempo de guerra nadie podría ser penado sino con arreglo a la norma jurídica que hubiese determinado el hecho y la correspondiente sanción. Fue así como la disposición de este artículo reforzó el principio de legalidad y, de otro lado, evitó también el ejercicio de la potestad ostentada por el gobierno antes de la reforma, relativa a la orden de detención de cualquier persona sospechosa de conspirar en contra del orden público.

Antes de la referida reforma la detención de un ciudadano no tenía límites establecidos, pero la enmienda determinó que la detención no podía exceder de diez días, toda vez que vencido este término el gobierno se encontraba en la obligación de poner en libertad al detenido o llevarlo ante el juez competente con las pruebas suficientes para determinar su presunta responsabilidad.

Sin embargo, esta disposición se aplicaba solamente en tiempos de paz, dado que durante la declaratoria del estado de sitio el gobierno tenía la

facultad de suspender todas las normas que resultaran ser incompatibles con la finalidad de restablecer el orden público.

La experiencia del Estado colombiano, al igual que la de otros países de América Latina, se caracterizó, en circunstancias anormales, por la ocurrencia de arbitrariedades y graves vulneraciones a los derechos humanos. Se puede afirmar que los límites impuestos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966, adoptado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, buscaban el control de las amplias potestades que generaron problemas y atentados a los derechos de los colombianos.

El artículo 4.1 del PIDCP establece una serie de principios que deben observarse durante la declaratoria de los estados de excepción, dentro de los cuales podemos hacer referencia a los de necesidad, proporcionalidad,¹⁵ compatibilidad con los demás instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, e intangibilidad, que para estos efectos es el que más relevancia representa, toda vez que establece unos derechos que incluso bajo los efectos de una circunstancia excepcional no pueden ser conculcados. Dicho principio de intangibilidad establece unos límites a las medidas adoptadas por los Estados a la hora de determinar la vigencia de medidas excepcionales para conjurar la crisis; es así como existe un grupo de derechos que no podrán ser suspendidos ni limitados ni siquiera bajo la vigencia de un estado de excepción. Dichos derechos varían de acuerdo al instrumento internacional al que se haga referencia, pero dentro de los comunes se pueden citar el derecho a la vida, a la integridad personal, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, el principio de legalidad, entre otros. No obstante lo anterior, el PIDCP no consagra como derecho intangible la detención arbitraria ni la prolongación de la misma en el tiempo, sin que se resuelva debidamente la situación jurídica del detenido, debido a que a través de la imposición de una

¹⁵ Principio del derecho internacional, de acuerdo con el cual se tendrá que analizar la situación real que se vive en determinado Estado y la imposibilidad de que las medidas normales sean suficientes para hacer frente a la situación, y valorar asimismo las medidas excepcionales que resulten ser menos gravosas para los derechos y garantías.

medida como esta eventualmente se podría conjurar una crisis. A este respecto, la doctrina internacional, y más concretamente el profesor Daniel Zovato, al citar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su texto *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*,¹⁶ manifiesta que en muchos Estados es común que los gobiernos no acepten la vigencia de la garantía de *habeas corpus*, y que esta posición conduzca a numerosas violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal. Es así como la Comisión Interamericana ha sostenido que “miles de desapariciones forzadas se hubiesen evitado si el recurso de *habeas corpus* hubiese sido efectivo...”. Por eso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-8 de 1987, ha dispuesto que dicho derecho debe ser tenido en cuenta incluso en los estados de excepción a fin de evitar mayores violaciones a los derechos humanos.

Asimismo, a la hora de implementar una serie de medidas restrictivas de la libertad es de suma importancia guardar lo dispuesto por el principio de necesidad, en razón de que solamente será admisible la implantación de una medida que atienda estrictamente a conjurar los efectos de la crisis y sea realmente necesaria. De acuerdo con este principio, conocido también como de amenaza excepcional y consagrado no solamente en el PIDCP sino en algunos otros instrumentos regionales, se requiere que las medidas adoptadas para conjurar la crisis sean las estrictamente necesarias para lograr restablecer las condiciones normales, de modo que no se vea sacrificado el ejercicio de los derechos sino solamente por la inminencia de peligro para la nación. La finalidad de la suspensión de los derechos no puede ser por tanto de carácter preventivo, sino que por el contrario la amenaza al Estado deberá ser de tal entidad e inminencia que justifique la posibilidad de establecer límites a los derechos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, de noviembre de 1969, aprobada por la Ley 16 de 1972, dispone asimismo que existen algunos derechos que no podrán suspenderse durante los estados de excepción.

¹⁶ Daniel Zovato, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990, p. 15.

Mediante la expedición de la Ley 74 de 1968 se ratifica de igual modo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instrumento que consagra importantes declaraciones acerca de las obligaciones de los Estados con respecto a estos derechos. El mencionado instrumento trasciende la clásica Carta de derechos políticos.

Con lo anterior es importante anotar que si bien la adopción de estos importantes instrumentos internacionales se hizo en los mismos días en que se adelantó la reforma constitucional de 1968, esta reforma no incluyó aportes más amplios en materia de derechos humanos, los cuales hubiesen podido consistir bien en la limitación a las facultades del presidente durante la vigencia del estado de sitio, tal y como lo anotan los principios consagrados en el artículo 4.1 del PIDCP, o en la ampliación del catálogo de derechos que el PIDESC determinó en su articulado.

Otro de los importantes avances de la reforma de 1968 en materia de garantías a los derechos humanos es la participación política que se abrió a la ciudadanía para poder elegir libremente a los miembros del Congreso, asambleas y concejos; esto se denominó el “desmonte del Frente Nacional”, y se prolongó hasta 1970.

En este mismo sentido, la mencionada reforma permitió que el partido de la oposición, de filiación distinta a la del presidente de la República, tuviera participación adecuada y equitativa frente al partido del gobierno.

El artículo 6.º, que modifica el 32 de la Carta del 86, consagra la garantía de la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, estando la dirección de la economía a cargo del Estado. Asimismo, el Estado intervendría por mandato de la ley a fin de dar empleo adecuado a los recursos humanos y naturales, dentro de la política de ingresos y salarios conforme al desarrollo económico en busca de la justicia social.

3.6.2. La reforma frente a la distribución de funciones entre las ramas del poder público

A través de la enmienda de 1968 se derogó el Acto Legislativo No. 1 de 1960, según el cual el Congreso debía reunirse de manera especial durante la

vigencia de un estado de excepción; *a contrario sensu*, con la enmienda se dispuso que debía hacerlo por derecho propio durante el periodo de sesiones ordinarias, para lo cual una vez vencida esa legislatura se continuaría trabajando a través de una comisión interparlamentaria especial de diez senadores y diez representantes a la cámara, a fin de que este grupo decidiera respecto de cualquiera de los decretos que pudiese dictar el gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas de acuerdo al artículo 121 de la Constitución de 1886.

Asimismo la reforma de 1968 tuvo su principal impacto, según opinión de los doctrinantes, en lo que respecta a la redistribución de funciones entre los poderes ejecutivo y legislativo; al primero le asignó iniciativa legal en materias económica y financiera. Así, la mencionada reforma le permitió al Ejecutivo tomar las medidas necesarias para organizar la estructura nacional del Estado, es decir, determinar la organización a nivel de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, entre otros.

La redistribución de dichas funciones partió de la necesidad de adaptar los organismos públicos a la concepción del Estado moderno, dado que Colombia se consideraba un país en vía de desarrollo, que requería aplicar sus recursos con una óptima utilidad social y económica.

De lo anterior cabe resaltar que se confirió al Ejecutivo un poderoso instrumento de intervención y decisión, pese a que se diseñaron controles sobre él, provenientes de la Corte Suprema de Justicia y del Congreso.

Los alcances de la reforma en esta materia se pueden resumir en la pérdida de poderes del Congreso en lo atinente a sus funciones de reglamentación y construcción legislativa, toda vez que se revistió al Ejecutivo de facultades excepcionales a fin de poder expedir normatividad durante la vigencia del estado de sitio, por ejemplo. De igual forma, dicha rama del poder público se fortaleció en la institución de nuevas figuras jurídicas como el estado de emergencia económica y el desarrollo de las “leyes cuadros”.

Paralelamente a ello, se aumentó la capacidad del Congreso con relación a su capacidad de fiscalización política sobre el gobierno, de tal modo que los funcionarios del gobierno podían ser juzgados por el Senado de República previa acusación de la Cámara de Representantes por acciones u omisiones en cumplimiento de su cargo.

Es así como en los importantes avances de la reforma de 1968 se planteó de un lado la posibilidad de que el Estado caminara hacia la modernización e implantara mecanismos más efectivos para el cumplimiento de sus fines esenciales, pero también en razón a ella y al fortalecimiento del Ejecutivo, se conculcaron derechos humanos, porque durante el estado de sitio no se consagraron claros límites a la gestión del Ejecutivo.

3.6.3. La Corte Suprema de Justicia asume un nuevo rol en materia de garantías

Otro de los importantes avances de la reforma fue la creación del control automático de constitucionalidad sobre los decretos que hubiesen sido dictados en desarrollo de las potestades presidenciales derivadas del estado de sitio del artículo 121 y del estado de emergencia económica del artículo 122. Dichos decretos debían ser remitidos al día siguiente de su expedición por el gobierno a la Corte Suprema, so pena de ser revisados por dicha corporación en los casos de renuencia por parte del gobierno.¹⁷

3.7. La nueva Constitución de 1991

Uno de los precedentes (no el único) de la Constitución de 1991 fue el siguiente: en el año 1988, el presidente Virgilio Barco Vargas propuso, en carta dirigida al periódico *El Espectador*, la convocatoria de un plebiscito para derogar el artículo 13 del plebiscito de 1957, que incorporado al artículo 218 de la Constitución Política, establecía que el único procedimiento de reforma de la Constitución era a través del Congreso.

¹⁷ A fin de dar fuerza vinculante a los términos de revisión y decisión por parte de la Corte Suprema, se determinaron una serie de sanciones consistentes en la incursión de causal de mala conducta impuesta por el Tribunal Disciplinario (constituido en la misma reforma de 1968) a aquellos magistrados que no decidieran en tiempo sobre las objeciones presidenciales presentadas a los proyectos de ley; y para el caso concreto del incumplimiento en los términos de revisión de los decretos dictados con ocasión de los artículos 121 (estado de sitio) y 122 (estado de emergencia económica), se determinó la imposición de una sanción más grave, que consistió en la destitución del cargo de los magistrados responsables, la cual debía ser impuesta de igual forma por el antes citado Tribunal Disciplinario.

Los partidos políticos llegaron a un acuerdo celebrado el 20 de febrero de 1988, el cual preveía la conformación de una Comisión de Ajuste Institucional (CAI), integrada por doce miembros encargados de elaborar el temario y estudios preliminares convenientes. Hubo un proceso político interesante, debido a la situación que para la época vivía el país. Temas como la violencia, la pérdida de credibilidad por la que atravesaban las instituciones, los fallidos intentos de reforma constitucional que se habían presentado y que no tuvieron éxito, el anhelo de depurar las instituciones, crear nuevos espacios políticos y cambiar la fisonomía del país, fueron gestando el proceso. Después de muchos contra-tiempos, se pensó en la vía de la asamblea constitucional convocada por ley.

Se planteó el tema de la “séptima papeleta”. Por ella hubo el 11 de marzo de 1990 una votación de más de dos millones de votos, aunque en realidad no existió un escrutinio formal.

Sin menospreciar la séptima papeleta, no se puede olvidar que desde la década de 1930 Darío Echandía propuso la modificación a fondo de la Constitución de 1886, y que muchas reformas se llevaron a cabo. Durante la época del Frente Nacional, los opositores a este también pugnaron por un cambio. Hubo cambios en las reformas constitucionales de López Michelsen y Turbay Ayala, pero la Corte Suprema las declaró inexecutable. En los cinco años anteriores a la Constitución de 1991, la Unión Patriótica permanentemente insistió en la expedición de una nueva Constitución. Luego, no es históricamente cierto que todo se debió al movimiento juvenil (no tan juvenil, en ocasiones) de la séptima papeleta.

Adicionalmente, el presidente César Gaviria Trujillo estableció por medio del Decreto 1926 de 1990 el temario y la composición de la asamblea y los requisitos para ser miembro de ella. El decreto recogía el contenido de un acuerdo político celebrado entre los dirigentes de las colectividades políticas más importantes del país.

3.7.1. La Constitución de 1991 se apoyó en dos decretos de estado de sitio

Hubo dos sentencias que viabilizaron la nueva Constitución de 1991. Esos fallos estudiaron dos decretos proferidos en virtud del estado de sitio: el que

permitió la contabilización de los votos emitidos mediante la llamada séptima papeleta y el que convocó a la Asamblea Nacional Constituyente. Fueron declarados constitucionales. En efecto, el Gobierno autorizó el escrutinio de los votos a favor de una Asamblea Nacional Constituyente, de manera ya oficial por la Registraduría Nacional del Estado Civil, por Decreto 927 de 1990. Este decreto fue estudiado por la Corte Suprema de Justicia, que lo declaró exequible el 25 de mayo de 1990. Se transcriben apartes de las consideraciones que la Corte Suprema de Justicia tuvo en cuenta en su fallo:

El decreto que se revisa cita como sustento para su expedición básicamente los siguientes cuatro hechos:

- Que la acción de los grupos que promueven formas de violencia se ha recrudecido;
- Que, como consecuencia de lo anterior, resulta urgente un fortalecimiento institucional para superar la situación permanente de perturbación del orden social;
- Que existe un clamor popular, manifestado entre otros en las elecciones del pasado 11 de marzo, para que ocurra ese fortalecimiento institucional;
- Que por tanto, el Gobierno debe proceder a dictar una norma de carácter legal que faculte a la Registraduría Nacional del Estado Civil para contabilizar los votos que se produzcan en torno de la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, por iniciativa popular.

[...]

Los hechos mencionados demuestran a las claras que las instituciones tal como se encuentran diseñadas no son suficientes para enfrentar las diversas formas de violencia a las que tienen que encarar. No es que las instituciones se hayan constituido per se en factor de perturbación, sino que han perdido eficacia y se han vuelto inadecuadas, se han quedado cortas para combatir modalidades de intimidación y ataque no imaginadas siquiera hace pocos años, por lo que su rediseño resulta una medida a todas luces necesaria para que las causas de la perturbación no continúen agravándose, como hasta ahora ha venido ocurriendo, en los seis años de vigencia del estado de sitio. El clamor popular para que ocurra el fortalecimiento institucional es un hecho público y notorio que en derecho no requiere prueba; a favor de él

se han manifestado los partidos políticos, los medios de comunicación, los estamentos universitarios y el pueblo en general, a través de la denominada “séptima papeleta”, en las elecciones del 11 de marzo de 1990.

En fin, el decreto que se revisa, por una parte ordena a la organización electoral que contabilice los votos sobre la posibilidad de integrar la Asamblea Constitucional, para realizar la reforma a la Constitución, y por otra parte hace una invocación al pueblo para que se manifieste sobre la posibilidad de convocar una Asamblea Constitucional, lo cual constituye un hecho político que traduce un verdadero mandato de igual naturaleza y sobre el cual la Corte no encuentra ningún reparo de constitucionalidad.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia, el 9 de octubre de 1990, declaró constitucional el Decreto 1926, al considerar entre otras razones, las siguientes:

Así pues, la nación, o sea el pueblo que habita nuestro país, es el constituyente primario del cual emanan los poderes constituidos o derivados. No simplemente la personificación de la República unitaria que sucedió a los estados soberanos de la Constitución de Rionegro (1863) pues para ello bastaba el artículo 1.º de la Carta, conforme al cual “La nación colombiana se reconstituye en forma de república unitaria”.

Como la nación colombiana es el constituyente primario, puede en cualquier tiempo darse una constitución distinta a la vigente hasta entonces sin sujetarse a los requisitos que ésta consagraba. De lo contrario, se llegaría a muchos absurdos: el primero de ellos que la reforma constitucional de 1957 no vale por haber sido fruto de un plebiscito; que también fue nugatoria la de 1886 por no haberse sujetado a los difícilísimos procedimientos previstos por la Constitución de Rionegro (1863) para modificarla.

3.7.2. Generalidades de la Constitución de 1991

Lo más importante de la nueva Constitución fue determinar una Carta de Derechos. En efecto, sus primeros 102 artículos contienen los principios fundamentales, derechos, garantías, derechos colectivos y las formas de su

protección y aplicación. Este listado de derechos no es cerrado porque existe expresa remisión a los instrumentos internacionales cuando consagran derechos humanos, luego es más completo que el que contenía la Constitución anterior y tiene una visión amplia y específica de la sociedad; un ejemplo: la consagración expresa de los derechos de los niños, los jóvenes, las mujeres, los ancianos y las personas con alguna discapacidad.

En consonancia con la contemplación de estos derechos, no puede faltar el mencionar la creación de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales. Cabe aclarar que en la Constitución anterior no existía norma equivalente a la que actualmente consagra la acción de tutela. Este mecanismo de protección está enunciado en el artículo 86 de la nueva Carta Política. La tutela es la acción por la cual toda persona puede reclamar amparo de los derechos fundamentales cuando estos han sido vulnerados. Esta figura fue tomada de otras constituciones y de tratados internacionales que exigían su consagración. El objetivo de la acción es la protección inmediata de los derechos fundamentales del afectado, protección que se hace manifiesta en la orden judicial proferida por el juez, donde se ordenará que cese la violación o la amenaza. Esta acción procederá cuando no exista otro medio de defensa judicial, pero se puede invocar aunque exista este, a fin de evitar un perjuicio irremediable, o cuando otra acción no tenga la fuerza suficiente para garantizar el derecho fundamental.

Se encuentran en la Constitución de 1991 nuevas instituciones, especialmente en la rama judicial, tales como el Consejo Superior de la Judicatura, órgano de carácter administrativo y con función de control disciplinario de la rama judicial; y la Corte Constitucional, que está encargada de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. También se crea la Fiscalía General de la Nación.

Hubo cambios dentro de la rama ejecutiva, como la concepción de la figura del presidente, que se constituye como símbolo de la unidad nacional y al que se le otorgan las calidades expresas de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, según el artículo 189 de la C.P. Se crea la vicepresidencia, que reemplaza al designado.

En cuanto a los parlamentarios, hay un régimen de inhabilidades y lineamientos encaminados a especializar y ennoblecer su labor.¹⁸ Se expulsan algunos beneficios existentes como los auxilios parlamentarios y se crea la figura de la revocatoria de mandato.

En el texto de la Constitución se establece la democracia participativa, según la cual el ciudadano ejerce un papel principal en la toma de decisiones.

Dentro del desarrollo de la nueva Carta también se dio reconocimiento constitucional a los sectores asegurador y bursátil, que en la anterior no se contemplaban.

El título XI de la Constitución de 1991 contiene la organización del territorio y consagra en su artículo 287 la autonomía para la gestión de los intereses de las entidades territoriales; además, el artículo 303 habla de la elección popular de los gobernadores para un período fijo de tres años.

La nueva Carta contempla también en su articulado el avance de los principios de igualdad y el desarrollo efectivo de las relaciones justas y equitativas, que se materializan en ejemplos expresos como el tránsito hacia un Estado laico y pluralista.

3.7.3. Constitución de 1991, una nueva idea del constitucionalismo

La Carta Política de 1991 determina el carácter jurídico del Estado colombiano en su artículo 1.º, al señalarlo como un Estado Social de Derecho que se define así por estar dotado de instrumentos que orientan su economía hacia el logro de fines sociales encaminados a buscar el bienestar general y la justicia social. La calidad de Estado Social es un desarrollo que se desprende de dicha orientación, y los derechos sociales, económicos y culturales son manifestaciones y resultados de este precepto.

La Constitución de 1991 también afirma que Colombia es una República a la que se le atribuyen varias características: es unitaria, descentralizada y con entidades territoriales autónomas; una República en la que el poder de

¹⁸ La experiencia de los últimos años ha demostrado lo contrario.

decisión radica en el gobierno central, pero con un amplio margen de participación para las entidades locales que lo integran; en cuanto a sus relaciones de orden político es democrática, participativa y pluralista, y dentro de sus valores fundamentales está el respeto por la dignidad humana y el predominio del interés general sobre el particular.

La nueva Constitución establece los fines esenciales del Estado en su artículo 2.º; estos fines son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes que consagra la Constitución. Muchos de estos fines ya estaban establecidos en el preámbulo.

En el artículo 3.º se establece que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del que emana el poder público; esto es reflejo del Estado democrático. Los que ejercen el poder deben cumplir la voluntad del pueblo. La soberanía popular reemplaza así a la soberanía nacional contemplada en la Constitución de 1886.

Dentro de los principios también se consagra la supremacía de la Constitución, por ser la norma de normas, cuyo contenido jerárquico es superior a cualquier otra norma (artículo 4.º).

El artículo 5.º dice que el Estado reconoce la primacía de los derechos de la persona y ampara a la familia como fundamento y fin del ordenamiento jurídico. Los derechos inalienables son superiores al Estado mismo, de modo que pueden ser entendidos como derechos fundamentales.

En conclusión, la Constitución de 1991 supera el constitucionalismo liberal del siglo XIX y es, al mismo tiempo, valorativa y normativa, en cuanto reconoce valores, caracteriza a la República como un Estado Social de Derecho, con un amplio listado de derechos y principios y, adicionalmente, con garantías constitucionales para hacerlos efectivos, la principal de las cuales es la tutela.

Llega por tanto a nuestra patria, con cierto retraso, una nueva idea de la Constitución, con proyecciones prácticas respecto al modelo de Estado y al manejo del derecho.

La doctora Cristina Pardo¹⁹ dice:

¹⁹ Conferencia antes citada.

Así pues, fruto de esa nueva percepción que se acaba de explicar sobre lo que ahora se entiende por Constitución es la idea que postula actualmente el constitucionalismo conforme a la cual la Carta es un conjunto de valores, principios y reglas que deben ser armonizados en el momento de su desarrollo legislativo y aplicación práctica, lo cual exige reconocerlos a todos en igualdad de condiciones, sin dar *prima facie* a ninguno de ellos un carácter absoluto (es decir no restringible o relativizable) ni prevalente (es decir de más importancia frente a los demás), a fin de permitir su convivencia armónica como única forma de hacer posible ese proyecto de vida pluralista acordado en la Constitución.²⁰

Ciertamente, es sabido que el moderno constitucionalismo propone que la Constitución comprende normas que reconocen valores, otras que recogen principios y otras más que consagran reglas. Las primeras son aquellas de contenido meramente axiológico (expresan lo que es bueno o deseable para la comunidad) que condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento.²¹ Por su parte, las normas que contienen principios también serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismas proyección normativa. A los principios se les suele reconocer un carácter deontológico, es decir, expresan deberes y obligaciones. Las reglas, por su parte, funcionan a la manera de silogismos en donde la premisa mayor es una previsión legal,

²⁰ Se dice que solo *prima facie* los valores, principios y reglas no son absolutos (no restringibles) sino relativizables, y que no existe una jerarquía entre ellos, porque a pesar de que esta es la regla general, excepcionalmente surgen de la Carta verdaderas reglas detrás de las cuales subyace un valor, principio o derecho cuya naturaleza no admite gradación o restricción: por ejemplo, la imposibilidad de “graduar” el derecho a la vida implica el necesario reconocimiento de que una regla relativa a la proscripción de la pena de muerte no puede ser “ponderada”. En otras ocasiones las reglas constitucionales imponen una jerarquía expresa de derechos, como cuando se indica expresamente la prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás.

²¹ Cf. Luciano Parejo Alfonso, “Constitución y valores del ordenamiento”. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 122 y ss. En este artículo el autor analiza las posiciones doctrinales de Eduardo García de Enterría, Gregorio Peces Barba, A. Pérez Luño, M. Aragón, L. Prieto Sanchís y Ronald Dworkin.

la menor el supuesto de hecho y la conclusión la consecuencia jurídica dispuesta por la norma.²²

Desafortunadamente, la Constitución de 1991 permanentemente ha sido erosionada, y esto repercute, como es obvio, en su validez sociológica e institucional. Hasta ahora no se ha visto afectado su carácter de Constitución normativa y valorativa, con todas las virtudes y defectos que ello significa, pero el propósito deliberado de afectar la garantía de la tutela es un claro indicio de que se desea retroceder a etapas constitucionales ya superadas.

3.8. Acción de inconstitucionalidad a partir de 1991

Es necesario presentar unas breves referencias que ilustran sobre los conceptos más destacados de la actual acción de inconstitucionalidad, la cual origina la mayoría de las sentencias de la Corte Constitucional que sirvieron de fundamento para adelantar la presente investigación. Se dice que la mayoría, porque también se analizaron las sentencias que se profieren en ejercicio del control de constitucionalidad automático u oficioso que la Constitución de 1991 consagró para los decretos legislativos, los proyectos de leyes estatutarias, las leyes aprobatorias de tratado y las objeciones presidenciales.

3.8.1. Concepto

La acción de inconstitucionalidad, como mecanismo de control de constitucionalidad de las leyes, surge con fuerza después de la reforma a la Constitución

²² Sobre la distinción entre reglas y principios, Alexy señala que “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas ‘mandatos definitivos’. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 75.

de 1886, en el Acto Legislativo No. 3 de 1910. Desde ese entonces, esta acción fue concebida como un instrumento jurídico que tienen los ciudadanos colombianos para defender la integridad y supremacía de la Constitución, pues se parte de la base de que uno de los derechos políticos más importantes del ciudadano es el de exigir el cumplimiento de la Carta como principal regla de conducta social.

En la actualidad, los artículos 40, numeral 6.º, y 241 de la Constitución de 1991, son claros en consagrar la acción de inconstitucionalidad como un medio jurídico para preservar la norma de normas mediante la comparación de disposiciones jurídicas, haciéndola prevalecer en todos los casos. En tal virtud, es evidente que la acción de inconstitucionalidad es un instrumento procesal que, al comparar normas jurídicas y resolver conflictos abstractos de naturaleza constitucional, hace prevalecer la Constitución por encima de todas las normas legales y, de esta forma, garantiza y defiende los derechos de las personas que subyacen al Estado Social de Derecho.

De este modo, resulta evidente que la acción de inconstitucionalidad adquiere real relevancia jurídica si se concibe y entiende la Constitución como norma jurídica obligatoria, vinculante y suprema (artículo 4.º), pues como bien lo afirma el profesor Eduardo García de Enterría,²³ la Constitución es una realidad normativa y no solo un compromiso político ocasional, de tal forma que coloca los valores, principios y reglas fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales.

Ahora bien, la Constitución de 1991 mantuvo el control concentrado o europeo de constitucionalidad para el análisis de las leyes, en sentido formal y material, que se consideran contrarias a la norma superior. Sin embargo, introdujo como gran innovación en nuestra cultura jurídica la creación de una jurisdicción dedicada a la preservación de la Carta, a la defensa y eficacia de los derechos que ella garantiza y desarrolla como factores primordiales para la legitimación de nuestro Estado Social de Derecho.

²³ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 41 y ss.

En la cima de la jurisdicción constitucional se encuentra la Corte Constitucional, que no solo es la corporación “límite” de la interpretación constitucional, sino la encargada de conservar el principio de supremacía constitucional (artículo 241 de la Constitución). Así, la Corte Constitucional tiene a su cargo la interpretación autorizada de la Carta (artículos 241 superior y 48 de la Ley 270 de 1996), pues su carácter de órgano “límite” o de cierre del ordenamiento jurídico, surge de la propia naturaleza de su labor, en tanto que si la Constitución permea todas las ramas del derecho y se impone como norma superior y vinculante, resulta elemental que todas las autoridades, inclusive las judiciales, deben sujetarse a interpretación última de la Carta.

3.8.2. Legitimación por activa

En virtud de lo dispuesto en los artículos 242 y 40, numeral 6.º, de la Constitución, solo los ciudadanos en ejercicio de sus derechos políticos pueden ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. Por esa razón, ni las personas que han sido condenadas a pena de prisión o con interdicción de derechos políticos, ni los extranjeros, ni las personas jurídicas pueden ejercerla, pues solo gozan de ciudadanía las personas naturales. Esta tesis fue expuesta claramente por la Corte Constitucional en Sentencia C-03 de 1993.

Es importante tener claro que, tal y como lo advirtió la Corte Constitucional en Sentencia C-592 de 1998, el derecho que sustenta la posibilidad de instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad es de naturaleza política y tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos. Vale la pena precisar que el defensor del pueblo y el procurador general de la nación son las únicas autoridades que pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad en ejercicio de sus funciones, pues la Ley 24 de 1992 (artículo 9.º) y el Decreto 262 de 2000 (artículos 26 y otros) disponen como atribución expresa de estas autoridades la de velar por la vigencia del ordenamiento jurídico e interponer las acciones públicas para la defensa de los derechos humanos.

3.8.3. Oportunidad para presentar la demanda

Para saber cuándo se presenta la demanda de inconstitucionalidad es necesario precisar si se trata de reproches por vicios de fondo o de forma.

En relación con los primeros, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, mientras la norma esté produciendo efectos jurídicos, pueden formularse en cualquier tiempo. Pero si se trata de la formulación de vicios de forma, esto es, aquellas irregularidades que se cometen en el trámite que antecede a la promulgación de la ley, cuyas etapas han sido establecidas en la Constitución o en el Reglamento del Congreso, está sometida al término de caducidad de un año contado desde la publicación del respectivo acto, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 242, numeral 3.º, de la Constitución. En ese sentido, la Corte ha identificado como vicios en la formación de la ley el no habersele dado primer debate a una disposición,²⁴ la iniciación del trámite legislativo en una comisión permanente de una cámara distinta a aquella a la que le correspondía²⁵ y la no conformación de la comisión de conciliación en casos de divergencia en los debates surtidos en las Cámaras,²⁶ entre otros.

3.8.4. Requisitos de la demanda

Aunque la demanda de inconstitucionalidad es informal y no requiere de reglas sacramentales para su formulación porque es una acción ciudadana, el artículo 2.º del Decreto 2067 de 1991 exige un mínimo de requisitos para que el control constitucional se ejerza por vía de acción y no se convierta en un control oficioso. Además, no debe olvidarse que las leyes se presumen válidas, por lo que dicha presunción de constitucionalidad debe desvirtuarse. Por esa razón, la función de la demanda es la de presentar un mínimo de razones que generen el debate constitucional sobre la validez de la ley que se acusa de inconstitucionalidad. Precisamente por ello, además de la presentación en duplicado de la demanda, del señalamiento de la razón por la cual la Corte es competente, de la determinación de las normas acusadas como inconstitucionales (mediante su transcripción literal o por la anexión del ejemplar del *Diario Oficial* donde aparecen publicadas) y de la señalización de las normas constitucionales infringidas, el Decreto 2067 de 1991 exige que la demanda

²⁴ Sentencia C-183 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

²⁵ Sentencia C-433 de 2000, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

²⁶ Sentencia C-557 de 2000, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

señale las razones por las que se considera que la ley viola las normas constitucionales invocadas.²⁷

Este último requisito, el de la señalización de cargos de inconstitucionalidad, es uno de los más importantes de la demanda, puesto que, como lo ha dicho la Corte Constitucional, la eficacia y efectividad del ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad depende de la claridad, veracidad, pertinencia y suficiencia de los argumentos del actor. En caso contrario, el juez constitucional se encontraría ante la imposibilidad de producir una decisión de fondo debido a que la competencia para estudiar los aspectos constitucionales no tiene carácter oficioso.

Así, la Corte ha dicho que los cargos de inconstitucionalidad deben contener razones con las siguientes características:

Deben ser pertinentes, porque debe existir una oposición objetiva, verificable, entre lo que dispone el precepto acusado y lo que establece la Constitución.²⁸ Deben ser razones inteligibles, en tanto que deben recaer sobre un texto real y no simplemente sobre uno deducido por el actor, es decir que “se refiera[n] a proposiciones existentes,²⁹ suministradas por el Legislador y no a hipótesis arbitrariamente inferidas de la norma”.³⁰ Las razones deben ser

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-447 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En esta sentencia la Corte reitera la necesidad de que el demandante formule cargos concretos, pues “el ataque indeterminado y sin motivos no es razonable”.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-504 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. La Corte dictó un fallo inhibitorio por inexistencia de proposición jurídica, pues “para que la Corte Constitucional pueda establecer, con fuerza de verdad jurídica, la inexequibilidad que ante ella se solicita, es indispensable que la demanda recaiga sobre un texto real y no simplemente deducido por el actor o implícito”.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-504/95, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; Corte Constitucional, Sentencia C-060/96, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. La Corte señaló en esas circunstancias que la demanda se dirigía contra lo que el texto legal no decía o preveía, con lo cual no había objeto sobre el cual decidir.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-509/96, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa; Corte Constitucional, Sentencia C-371/94, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo. En estas dos sentencias la Corte exigió la existencia real de una “oposición objetiva y verificable entre el contenido de la norma acusada y el texto de la Constitución Política, ya que no resulta admisible que el juez constitucional deba resolver sobre su inexequibilidad, partiendo de proposiciones inexistentes no establecidas por el precepto legal ni coincidentes con la intención legislativa”.

pertinentes, puesto que los cargos de la demanda deben guardar un vínculo de conexidad con el supuesto normativo contenido en la disposición impugnada.³¹ Y deben ser suficientes para iniciar, al menos, un análisis que conduzca a desvirtuar la presunción de constitucionalidad.

3.8.5. Proceso constitucional

El Decreto 2067 de 1991, que desarrolló los artículos 241 a 243 de la Constitución, regula el procedimiento de los juicios ante la Corte Constitucional, mediante las siguientes etapas:

- a) La demanda debe presentarse de manera personal ante la secretaria de la Corte Constitucional, o ante cualquier notaría o despacho judicial del país, para demostrar la calidad de ciudadano. De todas maneras, la demanda podrá llegar a la Corte por correo o por cualquier medio.
- b) La demanda se radica en la Secretaría General de la Corte Constitucional y, al mismo tiempo, se incluye en el programa de trabajo y reparto del mes, en donde se fija la fecha de reparto.
- c) Se reparte en Sala Plena por sorteo.
- d) La Secretaría de la Corte realiza un informe dirigido al magistrado sustanciador, por lo que el expediente permanecerá en Secretaría un día más después del reparto.
- e) A partir del día siguiente a la fecha de llegada del expediente al despacho del magistrado ponente, este tiene diez días hábiles para evaluar si:
 - *Inadmite* la demanda porque no cumple con cualquiera de los requisitos que determina el artículo 2.º del Decreto 2067 de 1991. Esa decisión se notifica por estado, para que, dentro de los tres días a su notificación, el demandante realice la corrección.
 - *Rechaza* la demanda. Esto sucede en tres casos: i) cuando hay cosa juzgada respecto de la norma acusada, ii) cuando la Corte Constitucional no es competente para conocer respecto de la norma acusada, y iii) cuando ordenada la corrección de la demanda, no se corrige.

³¹ Sentencia C-390 de 2002.

Este auto también se notifica por estado y se conceden tres días para presentar recurso de súplica. Si se presenta ese recurso, la decisión corresponde a la Sala Plena de la Corte, la cual podrá: i) confirmar la decisión y, en consecuencia, la demanda se archiva, o ii) revocar el auto de rechazo y, en su lugar, ordenar la admisión de la demanda, caso en el cual corresponde al magistrado ponente adelantar el trámite correspondiente.

- *Admite* la demanda: en este auto se pueden solicitar pruebas y ordenar conceptos de expertos. El término es de diez días hábiles, pero se puede prorrogar.
 - En este auto también se ordena comunicar la admisión a los presidentes del Congreso y de la República, a quienes participaron en la elaboración de la ley y a todas las entidades públicas y privadas interesadas. La intervención es facultativa.
 - Este auto ordena fijar en lista el negocio por diez días con el propósito de que cualquier ciudadano intervenga para coadyuvar o impugnar la demanda. Esta etapa refleja el carácter participativo de este proceso y el interés colectivo de la decisión judicial.
 - El auto admisorio también ordena dar traslado al Procurador, por treinta días hábiles. El concepto no obliga y los impedimentos y recusaciones son iguales a los de los magistrados.

Mientras el término probatorio corre en forma autónoma y suspende el proceso por el término señalado en la ley, las demás etapas procesales que se vieron en precedencia corren en forma simultánea.
- f) Vencido el término para el Procurador, corren treinta días hábiles para que el magistrado ponente elabore el proyecto de fallo.
- g) Vencido el término anterior, la Sala Plena cuenta con sesenta días hábiles para fallar, después de que el proyecto se reparte a cada uno de los magistrados y se cita en el orden del día.

3.8.6. Sentencias de la Corte Constitucional

La Sala Plena de la Corte³² profiere la sentencia,³³ de acuerdo con las decisiones y argumentos aprobados por la mayoría de la Corporación.³⁴ Puede haber uno o varios ponentes para la redacción del texto definitivo. Los magistrados que no están de acuerdo salvan el voto y se permite también la aclaración del voto.

Es costumbre, en la Corte Constitucional, expedir un boletín de prensa inmediatamente termina la sesión de Sala Plena correspondiente. En ese boletín se incluye textualmente la parte resolutive y se hace un resumen de los argumentos, tanto de la mayoría como de quienes salvan el voto. El texto definitivo del fallo se pone en conocimiento del público solamente cuando se han hecho las correcciones que resultan de las discusiones en Sala Plena y se han suscrito la sentencia, los salvamentos y las aclaraciones.

3.8.7. Cosa juzgada

La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.³⁵

La constitucionalización de la cosa juzgada contenida en las sentencias que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes muestra que esas decisiones tienen una naturaleza especial y diferente

³² Siempre ha sido la Sala Plena de la Corte quien ha decidido las acciones de inconstitucionalidad, esto no admite duda alguna tratándose de la Corte Constitucional. Cuando la competencia estuvo en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, en el año de 1911 decidió la Sala de Negocios Generales y en el año de 1956 y parte de 1957 la decisión correspondió a la efímera Sala de Negocios Constitucionales, quedando entonces sin efecto el artículo 30 del viejo Código Judicial (Ley 105 de 1931), que expresamente había ordenado que era a la Sala Plena a quien correspondía decidir las acciones de inconstitucionalidad

³³ Hace más de un siglo no se decía "sentencias", sino "acuerdos".

³⁴ La mayoría es la mitad más uno. En 1949 un decreto estableció una mayoría cualificada, pero la norma perdió vigencia.

³⁵ Hay quienes sostienen que en las sentencias de tutela también hay cosa juzgada constitucional; otros dicen que solamente existe cuando la sentencia de tutela es de unificación (firmada por la totalidad de los magistrados de la Corte Constitucional).

respecto de las demás decisiones judiciales definitivas. En efecto, el artículo 243 de la Constitución consagra características especiales para la cosa juzgada constitucional, dentro de las cuales encontramos:

Los efectos expansivos de una sentencia declarada inexecutable por razones de fondo, por cuanto el constituyente prohíbe al Legislador reproducir el texto expulsado del ordenamiento jurídico; la cosa juzgada constitucional no solo versa sobre el texto formal de la disposición, sino también sobre su contenido material, de tal manera que su impacto no solamente se presenta respecto de la norma objeto de control constitucional, sino también en relación con otras normas o textos normativos formalmente distintos pero con idéntico contenido material. El impacto de la cosa juzgada se extiende también a la producción de ciertos efectos jurídicos generales y obligatorios de la interpretación de la ley que fija la Corte Constitucional cuando esta tiene incidencia constitucional.

Por lo anterior, la cosa juzgada constitucional puede ser: formal (ampara el texto formalmente analizado), material (se predica del contenido material de la disposición declarada inexecutable), absoluta (es la regla general y se presenta cuando la Corte Constitucional compara el texto legal acusado frente a toda la Constitución), y relativa (se presenta cuando, en forma expresa, la Corte limita los efectos de su fallo a los cargos formulados por el demandante).

En conclusión, las sentencias de la Corte Constitucional tienen las siguientes características:

- a) Tienen efectos *erga omnes*, por lo que vinculan a todas las autoridades, incluyendo al Legislador y a los jueces.
- b) Obligan para todos los casos futuros. El efecto hacia el futuro le impide al Legislador o a cualquier autoridad reproducir el contenido material de los textos declarados inexecutables.
- c) Como todas las sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada, no se puede juzgar nuevamente por los mismos motivos sino que el fallo tiene certeza y seguridad jurídica.
- d) Los fallos de constitucionalidad que declaran la inexecutable de las leyes hacen tránsito a cosa juzgada material.

- e) La cosa juzgada formal, absoluta y relativa, se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad (C.P. artículo 243, inciso 1.º); vincula a todas las autoridades, incluida la misma Corte Constitucional, por lo que, mientras la norma constitucional que le sirve de fundamento se mantenga en el ordenamiento jurídico, las normas que ya fueron estudiadas no pueden ser objeto de un nuevo control de constitucionalidad.

3.8.8. Referencia a la modulación de los efectos de los fallos

Desde la Sentencia C-113 de 1993, la Corte Constitucional reconoció expresamente que tiene facultad para proferir fallos que modifican los efectos usuales de los mismos o, al mismo tiempo, cambiar y modificar algunos de los sentidos de la ley, declarada por el Legislador ordinario o extraordinario. Ello por cuanto la dinámica del control de constitucionalidad exige al juez constitucional no solamente interpretar la Constitución, sino también la ley que es sometida al análisis constitucional, por lo que es indispensable adecuar la hermenéutica que más se acomode al espíritu y al tenor literal de la norma constitucional.

Esta diversidad de sentencias es una práctica ordinaria de los tribunales constitucionales europeos o que ejercen el control de constitucionalidad concentrado, puesto que se deriva de la función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar principios y valores muy importantes en las sociedades democráticas, tales como la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la defensa de los derechos constitucionales. Dentro de este tipo de sentencias se encuentran:

- i) Las sentencias condicionadas o interpretativas. La Corte ha dicho que si una

... disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecuan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente.

En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuales algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento.³⁶

- ii) Las sentencias integradoras. Estos fallos buscan solucionar el problema de la inconstitucionalidad por omisión relativa, en tanto que existe una disposición que en sí misma es constitucional, pero tiene un vacío normativo que la hace contraria a la Carta. De este modo, la Corte no podría retirar del ordenamiento jurídico una norma conforme a la Carta, pero tampoco podría dejar una norma cuyo vacío la hace contraria a la norma superior. Por esa razón, la Corte llena el vacío normativo y proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esa manera integrar vacíos normativos o hacer frente a las inevitables indeterminaciones del orden legal.³⁷
- iii) Las sentencias con efectos diferidos. La Sentencia C-221 de 1997, primera en la que la Corte Constitucional adopta este tipo de fallos, los describió como una forma de modular los efectos de los fallos, “según la cual se difiere la declaratoria de inconstitucionalidad por el paso del tiempo”. En otras palabras, se mantiene en el ordenamiento jurídico una norma que es inconstitucional por un tiempo suficiente para que el Legislador llene un vacío que podría producir consecuencias aún más inconstitucionales que el mantenimiento de la norma en el ordenamiento jurídico. Este tipo de sentencias, de ocurrencia escasa, se justifica por las graves consecuencias inconstitucionales que se presentarían si, en forma inmediata y automática, se retirara la norma del ordenamiento jurídico.
- iv) Las sentencias con efectos retroactivos. Excepcionalmente, en ciertas sentencias de inexequibilidad la Corte ha dado efectos retroactivos a su

³⁶ Sentencia C-496 de 1994.

³⁷ Ver Sentencia C-109/95, en donde se desarrollan los fundamentos de este tipo de decisiones; ver igualmente C-149/93, C-011/94; C-012/94 y C-069/94.

decisión,³⁸ puesto que, con una ley abiertamente inconstitucional, se evidenciaron graves daños a los derechos constitucionales de los ciudadanos. De esta forma se trata de restablecer los derechos afectados a un número indeterminado y abstracto de personas, que eran los destinatarios de la disposición contraria a la Constitución.

Como puede verse, la acción de inconstitucionalidad se convierte en un mecanismo de defensa de los derechos humanos y fundamentales, pues su informalidad, cercanía con el ciudadano y brevedad del procedimiento hacen que sea un instrumento eficaz en el Estado Social y Democrático de Derecho.

³⁸ Ver, por ejemplo, entre otras, las sentencias C-023/94, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa y C-037/94, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

4. Interpretación constitucional (hermenéutica de primer nivel)

Oscar José Dueñas Ruíz*

La interpretación constitucional, como cualquier interpretación de las normas jurídicas, está sujeta a innumerables influencias.

4.1. Pensamiento filosófico

El derecho constitucional, que incluye un catálogo de derechos¹ y aboga por una sociedad justa,² en la teoría y en la práctica no puede apartarse de la filosofía.

Se puede decir que en la jurisprudencia colombiana la influencia filosófica es muy variada:

- a) Si se parte de la base de que el claroscuro lo conforman la filosofía idealista y la materialista, habrá que decir que un gran sector de los juristas colombianos se han formado dentro de la filosofía idealista, especialmente la kantiana; se simplificó su pensamiento en la diferencia entre el ser y el deber ser, y confundiendo en cierta forma derecho con justicia, se consideró que la norma jurídica hace parte del deber ser. Por el contrario, sobran dedos de la mano para contar los magistrados que tengan como instrumento la filosofía materialista y específicamente la lógica dialéctica.³ Sin embargo,

* Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

¹ “El concepto primario en el terreno jurídico no es el concepto de deber, sino el concepto de poder o tener derecho”. L. Díez Picazo, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 75.

² La virtud de la justicia es dar a cada uno su derecho, es el deber ser. “En el cumplimiento de nuestras respectivas obligaciones es donde se genera y afianza una sociedad justa”. Gallego, *op. cit.*, p. 68.

³ Se puede mencionar a tres: Juan Francisco Mújica, quien fue miembro del Comité Central del Partido Comunista Colombiano; Luis Carlos Pérez, quien fue Rector de la Universidad Nacional

sin que pueda afirmarse que acudan al materialismo histórico, sí son varios los magistrados que acuden a un discurso socializante.⁴

- b) Existió aceptación del positivismo, con la observación de que en Latinoamérica no fue reaccionaria tal filosofía,⁵ sino que se inclinó hacia un humanismo profundo, como aconteció con los uruguayos Rodó y Vaz Ferreira, el mejicano Vasconcelos, el cubano Barona, el ecuatoriano Montalvo y el colombiano Carlos Arturo Torres. En lo jurídico, derivó en el normativismo kelseniano.⁶ Aunque sería más propio decir que algunos magistrados humanistas, profundamente conocedores de las ciencias jurídicas, eran o son francamente liberales,⁷ el peso enorme de estos magistrados demuestra la gran influencia del pensamiento liberal en la Corte Suprema y la Corte Constitucional.
- c) Son bastantes quienes racionaron o siguen racionando bajo los postulados de Tomás de Aquino, esto explica la búsqueda del justo medio.⁸ A veces la influencia católica, en el derecho público, llegaba al extremo de sostener que todo poder viene de Dios, como aconteció con los magistrados Alberto Suárez Murillo, Pedro M. Carreño, Liborio Escallón, Miguel Moreno Jaramillo, Ernesto Valderrama, quienes en un salvamento de voto de 25 de febrero de 1937 (en plena “Revolución en marcha”) dijeron que por encima de las leyes positivas “existen las eternas, las divinas y las naturales”.⁹
- d) Actualmente no es extraño hallar juristas¹⁰ que se inspiran en filosofías tardías: Habermas, Wittgenstein, Von Wright, Dworkin, Alexy, Popper,

e integró un grupo de izquierda, entre otros, con Gerardo Molina y Diego Montaña Cuellar; y, últimamente, Jaime Araújo, combativo magistrado de la Corte Constitucional.

⁴ Unos ejemplos en la Corte Suprema: Aníbal Cardoso Gaitán, Luis Carlos Zambrano; y en la Corte Constitucional: Alfredo Beltrán y Alejandro Martínez, entre muchos.

⁵ Por el contrario, en Europa sí lo fue, ahí está el caso de Comte y su concepto reaccionario de solidaridad.

⁶ Ese positivismo fue más frecuente en los magistrados penalistas, como Humberto Barrera Domínguez y Simón Montero Torres.

⁷ Es el caso de Ricardo Hinojosa, Arturo Tapias Pilonieta, Hernán Salamanca, Gustavo Rendón Gaviria, Fernando Hinojosa, Antonio Rocha Alvira, Carlos Gaviria Díaz, entre otros.

⁸ Por ejemplo, Zuleta Ángel, Arturo C. Posada, Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹ Por lo tanto se rechazaban las ideas expresadas en *La paz perpetua* de Kant.

¹⁰ Carlos Gaviria, Eduardo Cifuentes, Ciro Angarita y un buen número de ex magistrados auxiliares de la Corte Constitucional.

Perelman, pensadores que son la novedad, pero que carecen de la contundencia de Kant, Hegel, Marx, y por supuesto de los clásicos de la filosofía griega.

4.2. Influencia de la ideología

La ideología es una creencia, no es la verdad. Su importancia radica en su capacidad de controlar comportamientos humanos en un momento determinado; se acepta no tanto por su condición de verdadera o válida, sino porque se estima justa, de ahí que la ideología tenga papel preponderante en el momento de dictarse una sentencia.

La ideología de los jueces y magistrados es muy variada. Son pocos los que profesan una ideología burguesa pura. En una sociedad estamentaria, agraria, donde la propiedad inmueble era y es demasiado importante en los litigios jurídicos, se torna difícil encontrar una ideología burguesa.

Generalmente los magistrados son personas con sub-ideologías: la feudal del terrateniente, la jacobinista del pequeño burgués, la socialista del social demócrata.

Sin embargo, la urbanización de la sociedad haría pensar que ha llegado el momento en que los operadores jurídicos se orienten por una ideología progresista. Esta imagen es perceptible en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero algunos fallos en materia de derecho colectivo de trabajo, la sentencia de la reelección inmediata del presidente de la República, la primera sentencia sobre no despenalización del aborto, plantean una duda respecto a la afirmación categórica de que la jurisprudencia de la Corte Constitucional exprese la ideología de la burguesía progresista.

Lo que sí es claro es que la jurisprudencia colombiana no explicita una contradicción entre un sistema capitalista y un sistema socialista; sino que, en algunos casos, muestra la contradicción entre modelos del capitalismo: el neoliberalismo y el Estado de Bienestar. Y esta última contradicción, cronológicamente, coincide con la aparición de la Corte Constitucional.

4.3. Incidencia de lo político y de lo económico

Pensadores muy profundos como Nieto Arteta no hablan de ideología sino de influencia de lo político; según él, toda decisión interpretativa es una interpre-

tación política, y a mayor discrecionalidad del juez mayor cantidad de política. Curiosamente se acerca a Carl Schmitt, quien dice: “nada de lo relativo al Estado puede ser apolítico”,¹¹ y a Ferdinand Lasalle, para quien la Constitución es el reflejo de los factores de poder. Es ingenuo pensar que los magistrados, sobre todo cuando deciden en aspectos de la organización del Estado, no actúan bajo influencias políticas, grandes o pequeñas, en el buen o en el mal sentido de la palabra.

En el ámbito sociopolítico es muy complicado hallar una diferencia entre la época anterior a la década de 1990, cuando Colombia, en la teoría, era simplemente un Estado de Derecho,¹² y ahora, cuando, también en la teoría, es un Estado Social de Derecho. Se hace esta afirmación porque, en primer lugar, era mejor la legislación social anterior a la Ley 50 de 1990 (flexibilización laboral), a la Ley 100 de 1993 y a la Ley 797 de 2003 (seguridad social): se da entonces la paradoja de que cuando se habla de Estado Social de Derecho la situación normativa es más precaria que cuando simplemente se hablaba de Estado de Derecho; en segundo lugar, porque la Corte Constitucional ha dicho que el Estado de Bienestar no se identifica con el Estado Social de Derecho (C-1064/01) y que la seguridad social no es un derecho fundamental (C-408/94); todo esto crea una tremenda confusión y facilita la labor de las corrientes que anhelan poner el derecho al servicio de la economía; en tercer lugar porque el neoliberalismo existe y se expresa en algunos pronunciamientos de la jurisprudencia y de la doctrina; en cuarto lugar porque las enseñanzas de Douglas North no son extrañas a algunos operadores jurídicos.

Sin embargo, si uno examina los fallos de tutela, el comportamiento de la Corte Constitucional puede calificarse como una trinchera para defender el Estado Social de Derecho, aunque la verdad es que en Colombia no ha existido un Estado de Bienestar, como se concibe en Europa, luego es difícil que ocurra lo que acontece en el viejo continente, en donde los ciudadanos luchan por no dejarse arrebatar las conquistas de ese modelo de Estado.

¹¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 157.

¹² Se dice en teoría, porque el derecho de igualdad no figuró en la Constitución desde 1886 hasta 1991, y porque los derechos de libertad fueron restringidos durante el estado de sitio, según la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de 12 de junio de 1945.

Por supuesto que en Colombia, a partir de 1991, se ha tratado de superar el modelo constitucional tradicional: por eso ingresaron los derechos sociales, económicos y culturales al texto constitucional, se constitucionalizó el derecho laboral, se blindó constitucionalmente la seguridad social, se indicó que el mejoramiento de la calidad de vida es objetivo del Estado, tomó fuerza normativa la igualdad sustancial y la justicia social. Pero lo anterior no significa que actualmente exista en Colombia un Estado de Bienestar y que haya que defenderlo de la arremetida neoliberal.

Posteriormente se profundizará sobre el Estado de Bienestar, pero eso no obsta para anticipar que este modelo exige medidas que se toman dentro del sistema capitalista y que de todas maneras implican una adecuación del modelo de Estado, el cual va más allá de la producción judicial. Dentro de esas medidas se encuentran, por ejemplo, los programas impulsados por los servicios sociales, que ciertamente no afectan la estructura social, sino por el contrario, al cubrir las deficiencias, la mantienen, y entonces no falta quien piense que se trata de paliativos cuando nuestras sociedades exigen reformas de fondo. Eso puede ser cierto, pero de todas maneras a las personas hay que darles respuestas concretas para sus problemas cotidianos, y curiosamente los jueces lo pueden hacer muy bien mediante órdenes que garanticen los derechos fundamentales.

En Colombia eso se hace, con éxito y aceptación de los ciudadanos, a través la acción pública constitucional de la tutela.

4.4. Particularidades de la interpretación constitucional

Los tribunales constitucionales o Corte Constitucional, como se denomina en Colombia, están obligados, más que nadie, a emplear adecuadamente la hermenéutica jurídica o ciencia para interpretar. Por supuesto que en esta tarea surgen múltiples inconvenientes, por ejemplo: hay que superar el método exegético, sin excluirlo. En consecuencia, tienen un papel importante los métodos histórico, teleológico y sistemático; los criterios consecuencialistas, de plenitud, de la no redundancia, de reducción al absurdo. La Corte Constitucional colombiana, en Sentencia C-1260 de 2001, ha planteado incluso lo siguiente:

En tales condiciones, es razonable suponer que en general es preferible aquella interpretación que logra satisfacer todos los criterios hermenéuticos suscitados en un debate jurídico, de tal manera, que esos distintos puntos de vista se refuerzan mutuamente y en cierta medida comprueben recíprocamente su validez, por medio de una suerte de “equilibrio reflexivo” o “coherencia dinámica”. Por el contrario, las argumentaciones jurídicas que mantienen las tensiones y contradicciones entre esos criterios hermenéuticos son más cuestionables.

Desde otro punto de vista, hay quienes sostienen que la interpretación constitucional tiene puntos de diferencia respecto a la interpretación jurídica en general. En principio, la interpretación jurídica, en cuanto sea científica, debe ser para todas las normas. Sin embargo, cada rama tiene sus particularidades: en el derecho laboral está el *in dubio pro* operario, en derecho administrativo el principio de legalidad, en derecho penal el *in dubio pro* reo; en derecho constitucional las particularidades provienen de diferentes fuentes: la garantía de los derechos fundamentales, la lectura abierta de los textos para jurisprudencialmente adecuar las constituciones a nuevas generaciones y problemáticas sociales, y algo que está tomando cuerpo: el pragmatismo, todo esto es aceptado y manejado por la Corte Constitucional colombiana.

En la Sentencia C-104 de 1993 se dijo que hay semejanzas y diferencias entre la jurisprudencia constitucional y la que no lo es:

Las diferencias estriban en el hecho de que la jurisprudencia de los jueces y tribunales no constituye un precedente obligatorio, salvo lo establecido en el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo (reproducción del acto suspendido). Tales providencias solo tienen un carácter de criterio auxiliar –artículo 230 C.P.– para los futuros casos similares, la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional –artículo 243 C.P.– de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

Lo que no admite duda en la actualidad es que cualquier norma jurídica debe ser interpretada a la luz de la Constitución.

4.5. Hermenéutica de primer nivel hecha por los tribunales constitucionales

El costo político de la creación de los tribunales constitucionales es el de otorgarles el monopolio interpretativo de la Constitución, por ser el órgano límite de su jurisdicción. Se establece, por consiguiente, un diálogo hermenéutico entre la norma y la jurisprudencia constitucional.

Dentro de la ciencia de interpretar (hermenéutica) se distingue un primer nivel en el cual el diálogo hermenéutico es entre la norma y el intérprete (los intérpretes importantes son los magistrados que crean jurisprudencia, es decir los magistrados de las altas cortes); y un segundo nivel, en el que se analiza la jurisprudencia, o sea que se observa la interpretación.

En la hermenéutica de primer nivel, o sea la interpretación directa de la norma, hay paradójicamente una fortaleza de la exégesis porque ésta, ubicada dentro del racionalismo, lleva a la ilusión de que es posible descubrir la verdad. Bajo esta concepción no se necesitaría hermenéutica de segundo nivel, y este es el criterio de las escuelas optimistas que parten de la base de que se puede aprehender la verdad. Por eso se arribó al monismo o identificación del derecho y la ley y al comportamiento autómatas del intérprete para que la interpretación pudiera ser calificada como legítima. Dice Luis Eduardo Nieto Arteta: “la escuela de la exégesis cree que es posible descubrir la verdad legal, a través de la interpretación igualmente verdadera de la ley”.¹³

La hermenéutica de primer nivel es en cierta forma la proyección de la teoría tradicional que identifica la interpretación de las normas con la interpretación judicial. Es la tendencia a la seguridad jurídica y la presunción de que el juez es sabio y no comete arbitrariedades (monismo exegético).

Quienes no ven con buenos ojos esa fortaleza de la jurisprudencia constitucional¹⁴ consideran, con sobrada razón, que el precedente, *per se*, no

¹³ Nieto Arteta, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴ La crítica al poder del juez como intérprete viene desde la Revolución francesa. “Robespierre sentenciaba: ‘la frase de que las Cortes crean derecho... debe ser desterrada de nuestra lengua. En un Estado donde hay una Constitución y una legislatura, la jurisprudencia de las Cortes consiste solamente en la ley’”. Citado por De Trazegnies Granda, *op. cit.*, p. 55.

garantiza ni la verdad ni la justicia, y que tratándose de operadores jurídicos la misma Constitución permite la autonomía del juez. Además, la jurisprudencia cambia con frecuencia.

La importancia del precedente está más ligada al derecho a la igualdad, a la preferencia del método inductivo, al pragmatismo, al empleo de mecanismos científicos en la confección de las sentencias (por ejemplo, acudir a la memoria del computador que contiene compilación jurisprudencial). Pero el precedente no puede convertirse en una odiosa imposición semejante a la hermenéutica que los padres de la Iglesia hacían sobre los textos sagrados.

La cultura del precedente sirve como garantía de preservación de los derechos humanos, no como idolatría de los conceptos jurídicos abstractos.

4.6. Hermenéutica de segundo nivel

Existe hermenéutica de segundo nivel cuando se interpreta la interpretación, o sea, en el mundo jurídico, cuando se interpreta la jurisprudencia, labor que debe hacerse con el máximo de cuidado y rigor científico y que corresponde especialmente a jueces de jerarquías inferiores, autoridades administrativas, honestos doctrinantes y a profesores de derecho, para evitar lecturas groseras o acomodaticias. En el presente capítulo se hará una rápida referencia a quienes en Colombia han hecho de la jurisprudencia un objeto del conocimiento.

4.6.1. Hermenéutica de segundo nivel hecha a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En el plano doctrinal, en la primera mitad del siglo XX, hay que resaltar la existencia de expresiones de hermenéutica de segundo nivel en análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es el caso por ejemplo de los escritos de Fernando Garavito y de Francisco Tafur Morales. No quiere decir lo anterior que se dejen de lado los juicios que a la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema hicieron Álvaro Copete Lizarralde, Luis Carlos Sáchica, Néstor Pineda, Eustorgio Sarria, Tulio Enrique Tascón, Leopoldo Uprimny, Jaime Vidal Perdomo, Alfredo Costain, Julián Motta Salas y Rodrigo Noguera Laborde, entre otros. Casi todos bajo la influencia de la cultura francesa, propia de la época. Eran juristas ilustrados, más preocupados por respuestas humanistas que por elaborar sutiles teorías jurídicas.

4.6.1.1. Don Fernando Garavito, un estudioso que proyecta la jurisprudencia

Fernando Garavito fue durante muchos años relator de la Corte Suprema, cargo en el que no solamente orientó la publicación de las providencias de la Corporación, sino que en tres oportunidades se preocupó por hacer una recopilación de las principales jurisprudencias, precedidas de introducciones escritas por él mismo.¹⁵ Para efectos investigativos son muy interesantes esas introducciones.

En la primera edición, en el año de 1915, hizo un estudio de la teoría jurídica en el que admitía que en materia de sentencias de constitucionalidad el juzgador se acerca a la función legislativa, “convertir el poder judicial en legislativo es hoy la tendencia del sistema individualista”; que la interpretación judicial de la constitución prevalece sobre la del Legislador, “como en los países de raza anglosajona”; que la reforma constitucional de 1910 respondió a una tendencia evolucionista: “el sistema evolucionista quiere que el juez interprete la ley con poder soberano, le reconoce aptitud moral e intelectual suficiente para dictar una regla general de derecho, para deducir la fórmula de un problema legal”. Garavito se rebela contra el formalismo jurídico:

Si el juez no puede abstenerse de fallar porque haya carencia absoluta de ley, ¿qué criterio debe seguir para suplir la omisión? ¿Cuáles son los principios universales de equidad y justicia en que debe apoyarse? Creemos que forzosamente tendrá que proceder, para suplir, para inferir la regla que falta, de la misma manera que él obraría si, como legislador, tuviese que idear el precepto que llena el vacío; tiene que concebir y formular una norma general de derecho.

En la segunda edición, en 1921, escribió sobre la acción de inconstitucionalidad, en un estudio muy profundo sobre su procedimiento. Pero también

¹⁵ Antes de escribir sobre la jurisprudencia de la Corte, el señor Garavito investigó la producción de los tribunales del país.

plantea el derecho social, aboga por soluciones humanitarias para solucionar “la pugna entre los derechos de propiedad y libertad de los unos contra el derecho de vivir de los más”. Es el Garavito político que desde la Academia Colombiana de Jurisprudencia y desde la relatoría de la Corte Suprema mira con atención las secuelas de la Revolución Bolchevique y al mismo tiempo la evolución de la jurisprudencia norteamericana.

En la tercera edición, en 1929, aparece el Garavito escéptico respecto a los legisladores; ve con desprecio a las mayorías y sus juicios de valor, critica el manejo del lenguaje en la producción jurisprudencial, considera que el derecho exige un tecnicismo especial, explica locuciones jurídicas; valga un ejemplo que sirve para la presente investigación:

En cuanto a la voz *exequible*, pocas palabras castellanas hay que expresen una idea tan clara como la que despierta este vocablo, según su sentido etimológico; es *exequible* lo que puede producir efectos; *inexequible*, lo que no tiene capacidad para producirlos. Por eso la Constitución expedida el año de 1886 empleó este término en su sentido natural y obvio al calificar de *exequibles* los proyectos de ley que no fuesen contrarios a los preceptos constitucionales, y de *inexequibles* a los proyectos que no podían ser leyes por ser violatorios de esos mandatos; es decir, calificó de *exequibles* los proyectos que podían ser leyes, y de *inexequibles*, los que no podían serlo. La misma Constitución empleó los calificativos de nulos o inconstitucionales para designar los actos ya expedidos y sancionados que fuesen contrarios a la Constitución, de acuerdo con el lenguaje del derecho. Pero los autores de la reforma constitucional de 1910, desconociendo el sentido de las palabras, emplearon los vocablos *exequible* o *inexequible* para calificar las leyes ya expedidas, según su conformidad o inconvincencia con los mandatos del Constituyente (artículo 41 del Acto Legislativo No. 3 de 1910).

4.6.1.2. Tafur Morales, un humanista que analiza la jurisprudencia

Otro gran estudioso de la jurisprudencia fue Francisco Tafur Morales, de militancia conservador pero progresista en sus conceptos. Aunque sus estudios se

refieren a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de todas maneras abarcan toda la proyección del derecho colombiano de la época.

En la década de 1930, la Corte brillante de López Pumarejo se caracterizó por captar las nuevas corrientes provenientes de Francia. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema dio vía libre a las teorías del abuso del derecho, de la lesión enorme, de la responsabilidad civil, de la protección de los terceros y la buena fe. Fue un derecho civil humanista muy de acuerdo con el pensamiento de la intelectualidad de la época, bien fuera en su vertiente positivista, bien de acuerdo con los postulados de las encíclicas papales, y que surgía al unísono de la importancia que tomaba un país cada vez más urbano y con cierta industrialización. Era un “nuevo derecho” de contenido social, así lo calificó Tafur Morales.¹⁶

En la introducción a la primera edición de *La nueva jurisprudencia de la Corte*, Tafur Morales critica a la escuela de la exégesis por haber inmovilizado el derecho, aboga por las “ideas fuerza” y defiende el derecho social y humanista. Pero, para evitar suspicacias, aclara:

Nació así el derecho social (en sentido genérico) que no significa propiamente la organización jurídica de la concepción social derivada de los diversos sistemas socialistas o socializantes, ni es, por lo tanto, una expresión del socialismo de Estado, sino de un derecho que parte –como observa Radbruch– de una modificación estructural de todo el pensamiento jurídico: un derecho que no mira al individuo sin individualidad, despojado de su carácter específico, considerado aislado y disociado, sino al hombre concreto, al hombre socializado. Solo cuando el derecho enfoque de esta suerte al hombre, agrega Radbruch, aparecen las diferencias entre fuertes y débiles, cuya realidad determina el carácter del nuevo derecho. El derecho civil no puede sustraerse a la nueva concepción del hombre socializado. La afirmación de

¹⁶ Ese “nuevo derecho”, de hace setenta años, era mil veces mejor que el que se cataloga actualmente como “nuevo derecho”.

que la libertad no es el camino para alcanzar la igualdad, fue la bandera de “la rebelión de los hechos contra el Código”. El saldo de esta lucha ha sido la formación de un derecho laboral (o derecho social, en sentido restringido, aunque no estricto) y la humanización del derecho civil.¹⁷

No faltaban quienes se oponían a esa manera humana de interpretar la norma civil. Por eso el mismo Francisco Tafur Morales, en su artículo “La nueva jurisprudencia de la Corte y la reforma del Código Civil”¹⁸ decía: “Rechazar de plano en nombre de un pretendido derecho autóctono estas humanizadas teorías o doctrinas, nacidas al impulso de fenómenos sociales comunes en los países que se llaman civilizados, y edificadas con el auxilio de instrumentos técnicos no extraños a nuestro derecho, significaría un verdadero estancamiento de las ideas jurídicas nocivo, a todas luces, para el ascensional y armónico desenvolvimiento del país”.

En la introducción a la segunda edición de su libro, en octubre de 1939, Francisco Tafur Morales cita a quienes ilustraban el pensamiento de la época: Recaséns Siches, Husserl, Tristan D’Atayde, Ortega y Gasset, Weber, Georges Gurvitch, Geny; resalta que el derecho no es únicamente normatividad y ataca duramente la teoría pura del derecho de Kelsen, aunque le reconoce su importancia:

No puede negarse que la teoría pura del derecho es una imponente y grandiosa construcción lógica, y que la escuela vienesa ha realizado perdurables conquistas en lo relacionado con la pura objetividad jurídica, en lo que respecta a la elaboración de conceptos fundamentales como la proposición jurídica, el deber jurídico y el derecho subjetivo. Pero al reducir el derecho a una pura normatividad asociológica lo ha deshumanizado por completo.¹⁹

¹⁷ Francisco Tafur Morales, *La nueva jurisprudencia de la Corte*, Óptima, Bogotá, 1939, p. XII.

¹⁸ Revista *Cultura Jurídica, Económica y Social*, pp. 22 y 285, Bucaramanga.

¹⁹ Tafur Morales, *La nueva jurisprudencia de la Corte*, *op. cit.*, p. XXVIII.

Desafortunadamente, esta oxigenación del derecho en Colombia, proveniente de la discusión alrededor de la jurisprudencia de la Corte brillante del 35, fue opacada por la violencia política bipartidista, radicalizada después del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, con un estado de sitio casi permanente que va desde 1945 hasta 1991. Entonces el uso del derecho fue aprisionado por un sistema político cerrado, que favorecía a las élites criollas que a como diera lugar defendían sus privilegios, en un mundo bipolarizado por la Guerra Fría. Esta situación explica que se hubiera retomado un derecho tradicional, interpretado exegéticamente, basado presuntamente en el sistema continental europeo y que se confundía equivocadamente con el sustento jurídico de la Nación y su soberanía; por eso los doctrinantes de la época preferenciaron el estudio frío del texto constitucional al análisis profundo de la jurisprudencia.

4.6.2. Hermenéutica de segundo nivel a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Son numerosos los doctrinantes (profesores de derecho, ex magistrados y hasta profanos de la ciencia jurídica) que hacen análisis a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Solo el paso del tiempo permitirá presentar una caracterización adecuada de quienes tienen como objeto de estudio a la jurisprudencia de dicha Corte. A riesgo de pecar por atrevimiento, se aventura en esta investigación una clasificación que se deja para la discusión y que se hará acudiendo a la metodología de agrupar a los investigadores según un símil con la pintura. No es la primera vez que en Colombia se recurre a la pintura para explicar aspectos relativos al derecho:²⁰ Luis Eduardo Nieto Arteta, al mencionar un comentario sobre el pensamiento de Geny, se refiere al *impresionismo*, que como es sabido es una corriente pictórica; dijo Nieto Arteta:

²⁰ El director de la presente investigación ha publicado un libro, *Anatomía de las Constituciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2004, en el cual apoya el discurso jurídico en lecturas simbólicas de cuadros famosos.

... la interpretación es vida humana viviente en el intérprete y por tanto, supone las valoraciones vividas por el intérprete. Este no es un autómatas, como creyó la escuela de la exégesis y como también cree el profesor Geny. El significado que posee la afirmación en la cual Geny rechaza la objeción de que él desee transformar a la interpretación de las normas jurídicas en puro "*impresionismo*" es el siguiente: Geny comprende que aun cuando la labor de interpretación de las normas jurídicas no puede ser una actividad puramente objetiva de análisis y aprehensión de realidades sociales exteriores, tampoco puede transformarse en una actividad puramente subjetiva, porque las valoraciones vividas por el intérprete han de ser valoraciones objetivamente valiosas.²¹

Recurrir a calificativos pictóricos no es extraño en el mundo del pensamiento. Por ejemplo: el término *modernismo* lo empleó el poeta maldito Baudelaire para caracterizar la pintura de la década de 1860. El postmodernismo, antes de ser una escuela de la filosofía, fue la manera de identificar corrientes pictóricas de principios del siglo XIX. Es de recibo acudir a la pintura, al cine, a la literatura, para explicar temas de las ciencias sociales o de las ciencias humanas. Este recurso se facilita porque alrededor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han hecho lecturas, análisis e interpretaciones de toda índole y ya se están conformando grupos y tendencias que se expresan en universidades, libros, artículos y conferencias.

4.6.2.1. Los impresionistas²²

La escuela de pintura conocida como impresionista, hace parte de la modernidad, fue un clima artístico que oxigenó la pretensión "científica" de los positivistas, exaltó el realismo, salió del taller, le asignó efectos a la luz más que al retrato, se inclinó por la libertad.

²¹ Nieto Arteta, *op. cit.*, pp. 22 y 23, nota 33.

²² Pintores impresionistas fueron: Renoir, Monet, Bazille, Sisley, Pissarro, Degas.



Pintura 1. *Damas en el jardín*, de Claude Monet, Museo del Jeu de Paume, París.

Se acude a la palabra *impresión* porque hace referencia a la huella que la realidad externa (jurisprudencia de la Corte Constitucional, como objeto) deja en el operador jurídico. Fue un cambio muy brusco que sufrió el lector acostumbrado a los fríos fallos de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. No faltaron los operadores jurídicos que quedaron subjetivamente impactados y eso implicó un cambio de comportamiento frente a la jurisprudencia. Son los *impresionistas* en la hermenéutica de segundo nivel.²⁵ En efecto, la producción jurisprudencial constitucional, a partir de 1991, fue diferente al formalismo jurídico tradicional, al imperio de la exégesis y a la influencia especialmente francesa. Particular importancia adquiere este comportamiento dentro de los profesores universitarios, quienes se *impresionaron* con la jurisprudencia novedosa de la Corte Constitu-

²⁵ Existen fuertes corrientes que admiran la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en todas las facultades de derecho del país.

cional; además, se sufría un impacto al constatar que la Constitución desplazaba al Código Civil, y que se imponía la interpretación libre y no la gramatical.

Fueron muchos quienes vieron con buenos ojos un manejo del derecho que poco tenía que ver con la ilusión de una seguridad jurídica de raíz positivista. También causó impresión que las sentencias se llenaron de cosas extrañas: pies de página, anexos, palabras que antes se empleaban poco (razonabilidad, test, ponderación, núcleo esencial, bloque de constitucionalidad, *ratio decidendi*, etc.). Pero lo que más impresionó fue el progresismo que acompañó a los fallos de tutela sobre temas cotidianos, en especial los de contenido social, que constituyeron una renovación de la visión jurídica y derivaron en un garantismo con profundo contenido humano.

En verdad, un buen número de operadores jurídicos han tomado y toman la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ven en ella la luz, la copian porque les conviene o porque la admiran o porque la consideran científicamente importante; sea lo que fuere, se modifica el antiguo pensamiento jurídico del operador, llámese juez, profesor o litigante.

4.6.2.2. Los neo-impresionistas o “puntillistas”



Pintura 2. *Le cyprès à Cagnes*, de H.E. Cross, Museo de Arte Moderno, París.

Hacia el año de 1880 aparecieron en el mundo de la pintura los post-impresionistas, quienes fascinados por sus predecesores consideraban que “el color, sometido a reglas seguras, puede enseñarse como la música” (frase de Charles Blanc, que influyó en el post-impresionista Georges Seurat). Hay, pues, la inclinación a adoptar reglas, entre ellas las de la síntesis y el contraste y la de elaborar la pintura con pequeñas marcas circulares de colores puros, de ahí el calificativo que también se les dio de “puntillistas”. Un neo-impresionista, H.E. Cross, se autodefinía como una persona que reclamaba, en el trabajo del pintor, la gramática, la lógica y la retórica.

Pues bien, algunos de los admiradores de la producción de la Corte Constitucional llegan al extremo de afirmar que la jurisprudencia constitucional crea *subreglas*, y de ahí en adelante desean manejar el derecho más con los puntos que surgen de la jurisprudencia constitucional que con la propia norma. Parecería que la Defensoría del Pueblo se matriculara dentro de esta tendencia: “Las subreglas jurisprudenciales son normas adscriptas que constituyen el principio explicativo de una sentencia y que, por lo tanto, se pueden aplicar a fallos posteriores con hechos materiales sustancialmente análogos (pues los jueces deben estarse a lo decidido en el precedente previo)”.²⁴

Sin llegar a la posición de que la *ratio decidendi* de una sentencia de la Corte Constitucional es una subregla, de todas maneras hay que reconocer que su jurisprudencia sí ha impactado y que el paso posterior fue idealizarla, convirtiéndola en guía, en ocasiones intocable. Por supuesto que esto también se da, masivamente, respecto de la jurisprudencia de las Salas de Casación de la Corte Suprema de Justicia, porque los jueces y magistrados de tribunal, con indudable “espíritu de cuerpo”, están pendientes de la última jurisprudencia²⁵ de dicha Corte y la reproducen a pies juntillas, son los *puntillistas* de la hermenéutica de segundo nivel.

²⁴ *El derecho a la educación*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2005, p. 24.

²⁵ Obedecer la última jurisprudencia *no se puede calificar* como cultura del precedente.

4.6.2.3. Los expresionistas



Pintura 3. *Dama vestida de verde*, de August Macke, Museo Wallrat Richard, Colonia.

Hay quienes desean ser irreverentes o novedosos, bien sea por estar inmersos en las corrientes jurídicas alemanas y norteamericanas de finales del siglo XX, bien sea porque se consideran la vanguardia y dan por sentado que la correcta teoría jurídica colombiana ha nacido a partir de 1991. Por eso toman la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional, pero no se dejan impresionar por ella y más bien la acomodan a su particular modo de ver los temas jurídicos. Es decir, que *expresan* en el objeto (jurisprudencia) las concepciones y teorías que profesan, y sus investigaciones van más allá de la jurisprudencia que analizan. Se advierte, entonces, que *expresión* aparece como un concepto opuesto a *impresión*.²⁶ Hay de todo en el expresionismo, por ejemplo, el pintor August Macke reflejaba en sus cuadros la felicidad de una vida sin sobresaltos, por eso expresaba que “tratamos de volver por otro camino a las imágenes abstractas y misteriosas de la vida interior, que está regida por leyes distintas de las que la ciencia descubre en la naturaleza”.²⁷

El expresionismo es un movimiento desde el sujeto que observa hacia el mundo exterior observado, es el intérprete de segundo nivel el que se proyecta e imprime su huella en la jurisprudencia, imprime su ideología

²⁶ Los expresionistas en la pintura eran artistas “obsesionados por preocupaciones religiosas, sexuales, políticas y morales, los jóvenes artistas de Dresde sugerían abandonar el realismo que imita, para lograr el realismo que ‘crea’ la realidad”. *Historia del arte*, tomo XVII, *Las vanguardias*, Salvat, Madrid, 2006, p. 153.

²⁷ *Ibid.*, p. 166.

en la jurisprudencia a examinar. Dentro de esta corriente están buena parte de ex magistrados auxiliares de la Corte Constitucional que orientan, a través de sus cátedras, el pensamiento jurídico en universidades. Se trata de una conducta comprometida con teorías que corren el peligro de convertirse en abstracciones.

Existe, tanto en la pintura como en el derecho, una cara de los expresionistas, la de los teóricos.²⁸ El expresionista teórico, en el mundo del derecho, por supuesto que lo enriquece, pero también cae en una actitud típicamente germánica que se rebela contra la raíz latina, de ahí su crítica a la visión francesa del derecho, de ahí que opine que en nuestros países “subdesarrollados” no hemos sabido leer los textos jurídicos, de ahí su rechazo a visiones historicistas o políticas.²⁹

4.6.2.4. Los expresionistas abstractos



Pintura 4. *Forma libre*, de Jackson Pollock, Museo de Arte Moderno de Nueva York.

²⁸ El pintor expresionista austríaco Oskar Kokoschka conceptualizó en 1912: “Todas las cosas se liberaron de sí mismas inmediatamente, desde el momento en que se ofrecieron a mi mirada. Entonces me convierto en una visión que se presenta sin la mediación del sueño”. *Ibid.*, p. 140.

²⁹ Expresión máxima de este comportamiento, dentro de los juristas colombianos, es el libro *La teoría impura del derecho*, de Diego López Medina. En cierta forma también lo son Rodrigo Uprimny y Catalina Botero.

Ya se indicó que el expresionismo es proclive a la abstracción. Unos llegan a la abstracción por elaboraciones mentales, otros lo hacen para manipular lo concreto. Expresionistas abstractos en la pintura son Kandinsky, Callahan y Pollock. Esta corriente tiene su expresión más lograda en los Estados Unidos después de la Segunda Guerra Mundial; enfatiza en la autonomía afectiva del individuo, la liberación del lenguaje y la ausencia de la realidad. Los cuadros contienen salpicaduras, manchas, se alejan totalmente del objeto examinado.

Trasladada al derecho, esta postura consiste en el deseo ardiente de crear más allá de lo que explicita la jurisprudencia, en el anhelo de convertirse en profeta de un pensamiento único, hegemónico, indudablemente proveniente de los países del norte. Se trata de una concepción desencantada y pasiva de la realidad social contemporánea,⁵⁰ propia de los “yuppies” postmodernistas:⁵¹ son indiferentes ante los derechos sociales, o abiertamente contrarios, abogan por la ausencia de interferencias a las leyes del mercado, aparecen como postmodernos, pero reaccionan como los capataces latinoamericanos de hace décadas: abusando para demostrar así que tienen poder. Sus armas son la ambigüedad y la viveza criolla. De manera sutil tergiversan las sentencias de la Corte Constitucional y con la disculpa de interpretarlas golpean los derechos subjetivos de las personas. Esto se aprecia especialmente en circulares de autoridades nacionales, para eludir órdenes de la Corte Constitucional. El caso más destacable es el de la manipulación interpretativa de la Sentencia C-314

⁵⁰ *Historia del arte*, tomo XVII, *Las vanguardias*, *op. cit.*, p. 242. En esta obra se indica: “al indagar por la relación entre el Pop Art y el sistema social estadounidense, es útil comprobar que los objetos incorporados a las obras Pop por Rauschenberg o Jaspers Johns parecen el resultado de una manipulación instintiva de la realidad: las ilustraciones de ‘comics’ de Lichtenstein, las imágenes publicitarias de Rosenquist, las réplicas de objetos industriales de Oldenburg, las fotografías tomadas de la prensa de Warhol, adquieren un sentido ambiguo”.

⁵¹ Josep Estermann dice: “El postmodernismo es un movimiento surgido de entre la clase media y alta de la sociedad industrializada y rica del hemisferio norte, un fenómeno típico de los yuppies (*young urban professionals*), los dinks (*double income, no kids*), en fin: de la nueva generación hedonística de la parte rica de la tierra. La ‘indiferencia’ propagada por el postmodernismo como una nueva liberación, solo puede permitírsela quien tiene satisfechas las necesidades básicas”. *Filosofía andina*, Abya-Yala, Quito, 1998, p. 24.

de 2004 sobre derechos adquiridos convencionales:³² Se trata, pues, de una interpretación sesgada.

4.6.2.5. Los naïfs³³



Pintura 5. Conocida como *Finca rural*, autor desconocido, colección Chrysler-Grabisch, Estados Unidos.

No sobra mencionar a quienes expresan hostilidad a todo lo que pro venga de la Corte Constitucional y proceden de manera contraria a lo que ella diga. A veces se atreven a proclamar su desacuerdo con la Constitución de 1991 y la tutela. No quieren aceptar cosas diferentes a las antiguas y prosaicas, tienen del derecho un concepto autoritario (los jueces ordenan), lo principal es la seguridad jurídica formal. Participan de la concepción mágica del poder.

Son como los pintores naïfs, que tanta importancia tuvieron en Francia y que por supuesto ocupan un lugar dentro de la historia y no dejan de tener

³² Un ejemplo, lo que han hecho el Ministerio de la Protección Social, Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo y el Cuerpo Consultor de ese Ministerio, y el viceministro de Salud y Bienestar, comunicación calendada el 2 de mayo de 2005 que remitió las recomendaciones a las ESE, dando su propia interpretación a la Sentencia C-314/04.

³³ Pintores naïfs o ingenuos fueron Henry Rousseau (*El aduanero*) y Hathaway.

adeptos. Hay que reconocer que la pintura naïf o primitivista o ingenua goza de muchos seguidores. También hubo primitivistas en Estados Unidos, que dibujaban paisajes bucólicos, con colonos que vivían plácidamente a las orillas de los ríos.

Ese sector de los “primitivos-modernos”, en nuestro mundo jurídico, sataniza la jurisprudencia constitucional, sin caer en la cuenta de que esa jurisprudencia no cuestiona al sistema imperante, ni es revolucionaria, ni es reaccionaria, es un equilibrio indispensable; dicho sector no quiere reconocer que la jurisprudencia de la Corte Constitucional a veces remoja programas e ideologías y le da una cara amable al sistema, al consolidar la fisonomía democrática y justiciera del Estado.

Esa jurisprudencia de la Corte Constitucional, en una buena cantidad de casos, no en todos, es la proyección hacia uno de los modelos del Estado capitalista: el Estado de Bienestar.³⁴ Esto ni siquiera es permitido por esos sectores conservadores que bien pueden calificarse como naïfs.

4.6.2.6. La enseñanza de Picasso³⁵



Pintura 6. *Guernica*, de Pablo Picasso, Museo Reina Sofía, Madrid.

³⁴ Pese a que la propia Corte Constitucional, en actitud “suicida” dice que Estado Social de Derecho no se identifica con modelos económicos y dentro de ellos cita al Estado de Bienestar (C-1064/01).

³⁵ Hace un cuarto de siglo llegó a España la obra de Picasso, *Guernica*. Para su arribo hubo que esperar hasta cuando muriera Francisco Franco, el dictador.

El *Guernica* fue encargado por el gobierno de la II República Española para la Exposición en París, en el año de 1937. Es el símbolo de la pintura moderna contra las atrocidades de la guerra. El *Guernica* es un icono de la pintura universal y un llamado a la defensa de los derechos humanos. Las vanguardias pictóricas no siempre son el arte por el arte, ni el oportunismo con el ropaje de novedad. Además, es muy engañoso pensar que quien está en la vanguardia está contra el sistema y que se ubica en las márgenes de una sociedad conformista. Generalmente lo está, pero no siempre. Luis García Montero⁵⁶ dice:

El descrédito de las vanguardias fue inevitable desde el momento de resaca en que la sociedad contemporánea comprendió que los márgenes formaban también parte del poder, es decir, formaban parte del centro, y que la nueva tarea no estaba tanto en sacralizar la marginalidad como en encontrar un nuevo sentido para los vínculos. Era inevitable entonces poner en tela de juicio el arte contemporáneo. Pero ahí estaba Picasso, o ahí está la lógica más profunda de la pintura y la belleza como búsqueda de sentido para poner el arte en tela de Picasso y reivindicar el oficio como una ética, como un vínculo con la realidad y con la mirada del otro.

Por supuesto que Picasso es protagonista de la pintura que se atreve a ser ella misma, es decir, la pintura con su propio espacio, su propia coherencia, su propia independencia. Pero lo importante de Picasso es que no se aleja de la realidad social, sino que se compromete con ella y le sale al paso a quienes no entienden el arte contemporáneo.

No es prudente orientar la ciencia jurídica por la teoría pura del derecho, pero de todas maneras las corrientes contemporáneas apuntan hacia un propio espacio dentro de las ciencias particulares.⁵⁷ El prestigio de la novedad no puede soslayarse, pero la actualización y el acumulado teórico que la ciencia jurídica ha logrado en el último siglo debe ponerse al servicio de aquellos a

⁵⁶ Luis García Montero, "En tela de Picasso". En *El País Semanal*, No. 1547, 2006, p. 43.

⁵⁷ La ciencia madre o general sería la filosofía.

quienes se les pisotean los derechos humanos y por supuesto al servicio de los derechos sociales. La diferencia entre esta corriente,³⁸ de profundo contenido humanista, y los calificados en esta investigación como expresionistas, radica en que los seguidores del *Guernica* consideran que el hombre y sus derechos no pueden ponerse al servicio de la economía, y en que en un hipotético diálogo entre juristas y economistas no se debe ser ingenuo, porque los economistas abogarían por el método consecuencialista,³⁹ ya que tal método permite atar la resolución de los conflictos jurídicos a las leyes del mercado.

³⁸ De ella harían parte la mayoría de quienes han hecho la presente investigación, como se aprecia en su contexto.

³⁹ El juez en el momento de fallar debe tener en cuenta las consecuencias económicas de su decisión.

5. Los guardianes de la Constitución

Oscar José Dueñas Ruíz*

Dídima Rico Chavarro**

Existieron normas constitucionales que adscribieron cierto control judicial constitucional a la Corte Suprema de Justicia, en las Constituciones de 1853, 1858 y 1863.

El artículo 151 de la Constitución de 1886, numeral 4.º, solamente le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales”.¹

Fue el Acto Legislativo No. 3 de 1910 el que determinó que a la Corte Suprema de Justicia se le entregaba *la guarda* de la Constitución. En la codificación proveniente de la reforma constitucional de 1936 se reiteró esta atribución.

El artículo 53 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 agregó algo a la competencia de la Corte Suprema de Justicia: “se le confía *la guarda de la integridad* de la Constitución”. La adición no significó en la práctica un cambio conceptual.

La Constitución de 1991 fue más allá, en su artículo 241 estableció: “A la Corte Constitucional se le confía *la guarda de la integridad y supremacía* de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” (cursiva fuera de texto). La adición es pertinente porque confiar simplemente la guarda de la Constitución tiene un sabor conservador, pero decir que lo que se guarda es la integridad y supremacía de la Constitución es darle un sentido dinámico a las atribuciones de la Corte Constitucional, lo cual aconteció y ha marcado una de las diferencias entre la competencia que tuvo la Corte

* Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

** Abogada de la Universidad Autónoma, doctora en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ En aquel entonces se le daba el nombre de actos legislativos a los proyectos de ley.

Suprema y la que ahora tiene la Corte Constitucional.² Además, permite proyectar la supremacía de la Constitución a la teoría moderna de *lealtad a la Constitución*.

Tan guardián de la Constitución fue la Corte Suprema de Justicia como lo es actualmente la Corte Constitucional. Por consiguiente, es importante conocer el marco dentro del cual la Corte Suprema cumplió esa misión desde 1886³ hasta 1991 y cuál ha sido el espacio dentro del cual se ha movido la Corte Constitucional, para analizar cualitativa y cuantitativamente cuáles han sido los resultados.

5.1. Inicio difícil

El 3 de septiembre de 1886 se instaló la recién designada Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del artículo transitorio A de la Constitución de ese año, que establecía: “Los nuevos magistrados de la Corte Suprema Nacional tomarán posesión de sus empleos el día primero de septiembre del año en curso”.

Según el artículo 146 de esa Constitución, eran siete los magistrados, con siete suplentes; a los magistrados los nombraba el presidente de la República.

El primer presidente de la Corte Suprema fue, por orden alfabético, el señor Manuel J. Angarita, quien intervino en el Consejo Legislativo que funcionó durante un año a partir de la sanción de la Constitución hasta el 31 de agosto de 1887, y promulgó leyes tan importantes como la 57 y 153 de 1887.⁴ Dentro de los magistrados de la Corporación figuraba el señor José María Samper, quien en la Constitución de 1886 había sido delegatario por el Estado Soberano de Bolívar y dentro de la Asamblea Constituyente había sido contradictor de don Miguel Antonio Caro. Desafortunadamente falleció al poco tiempo de asumir el cargo y no pudo plasmar en sentencias su pensamiento.

² A su vez, el artículo 237 de la actual Constitución atribuye al Consejo de Estado: “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

³ Se fija este punto de partida porque las sentencias, desde esa época, fueron debidamente publicadas.

⁴ No existía problema para darle competencias legislativas a los magistrados y en considerar al Senado como parte de la rama judicial.

Inicialmente, el tema constitucional no ocupó lugar destacado en la Corte. En los informes del presidente de la Corte Suprema de Justicia al Congreso, en los años 1890, 1892, 1894 y 1904 no se destina ni un solo renglón al tema del control judicial constitucional.⁵ En el primero de tales informes se hace un pormenorizado relato del trabajo de la corporación, en cuanto a consultas absueltas, nulidades decretadas, reconocimiento de hijos naturales, expropiaciones, fuero eclesiástico, recompensas militares, justicia militar, excepciones, recusaciones e impedimentos, amparo de pobreza, casación, suministros y empréstitos. Ni siquiera en “Asuntos varios” se mencionó la atribución constitucional de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el gobierno. En el informe al Congreso, el 8 de agosto de 1894, se resalta, en cuanto a interpretación, que “la fijación de la jurisprudencia no es asunto propio de la ley, sino de los magistrados”; sin embargo, en los cuadros estadísticos no existía un rubro respecto a interpretación constitucional, se consideraba que la Corte simplemente fijaba la “inteligencia de las normas”.

Hasta 1910, inclusive, las decisiones en la Corte sobre la nulidad de las ordenanzas se tomaban mediante autos o resoluciones y se ubicaban dentro del capítulo “Negocios civiles”. La suspensión de las ordenanzas se podía pedir a los tribunales de distrito en virtud de los artículos 144 y 150 del Código Político y Municipal, y la decisión definitiva, en segunda instancia, la daba la Corte Suprema de Justicia. En tal condición la Corte Suprema decidió sobre ordenanzas de los siguientes departamentos: Panamá: 22; Cundinamarca: 20; Cauca: 18; Magdalena: 13; Boyacá: 12; Tolima: 8; Bolívar: 5; Antioquia: 1; Santander: 1; Norte de Santander: 1. Estas decisiones mayoritariamente correspondían a aspectos fiscales.

Entre 1886 y 1910 se dictaron solo cuatro sentencias en materia de constitucionalidad. En cuanto a proyectos de ley fueron tres los fallos, todos sobre pensiones, y el cuarto fallo fue la sospechosa exequibilidad de un decreto en la época del vicepresidente Marroquín, que será objeto de análisis posterior.⁶

⁵ Ni siquiera se hizo mención al acuerdo que “legitimó” la presidencia de Marroquín.

⁶ Por el contrario, en cuanto al estudio de sentencias de muerte, fueron decenas las que analizó la Corte Suprema de Justicia. Confirmó generalmente las órdenes de pena capital.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se conocieron a través de la *Gaceta Judicial*. El escaso número de decisiones (cuatro en veinticinco años) no dio base para estudios ni para elaboración jurisprudencial; tan es así que durante la relatoría de José Joaquín Guerra se hicieron informes sobre casos y doctrinas de los tribunales de distrito y se publicaron en la *Gaceta*. Prácticamente existía sustracción de materia para los casos de inconstitucionalidad. El posterior relator, don Fernando Garavito, tan conocedor del tema constitucional, publicó en el siglo XIX las doctrinas de los tribunales, pero sus conocidas compilaciones de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en las que analizaría la acción de inconstitucionalidad, solamente aparecerán a partir de 1915.

Se puede afirmar que solo a partir de la década de 1910 surgirá con fuerza el control judicial constitucional en Colombia.

5.2. El Acto Reformatorio No. 3 de 1910 y su nueva Corte

La reforma constitucional de 1910 estableció la acción y la excepción de inconstitucionalidad con perfiles muy semejantes a los adoptados posteriormente en la Constitución de 1991.

El 27 de abril de 1910 se nombró una nueva Corte, que decidiría sobre las demandas a partir de 1911. Muchos de los magistrados provenían de la Corte conformada en el siglo anterior, pero tendrían un comportamiento mucho más ágil al contar con el apoyo del establecimiento pleno del control judicial constitucional.

El 28 de marzo de 1911 se expidió el reglamento de la corporación. El 25 de abril de 1911 se aprobó el acuerdo operativo sobre los fallos de inconstitucionalidad, y a partir de entonces se puede afirmar que se inició un control judicial constitucional importante en la Corte Suprema de Justicia y un aporte relevante en cuanto a jurisprudencia.

Entre 1911 y 1968, inclusive, se profirieron 625 sentencias que definieron acciones de constitucionalidad; y desde 1969 hasta 1991 la Corte Suprema de Justicia profirió 2.057 sentencias. Son en total 2.682 decisiones que constituyen un acumulado jurisprudencial que bajo ningún aspecto se puede menospreciar.

5.3. Cortes anteriores a la “Revolución en marcha”

Luego de expedirse el Acto Reformatorio de la Constitución en 1910, y durante veintitrés años, fue tomando cuerpo la guarda de la Constitución, una labor en la cual participaron no solamente los magistrados sino el relator de la Corte y los doctrinantes. Sin entrar por ahora a análisis puntuales sobre la solidez o no de las sentencias,⁷ hay que señalar que se profirieron en materia de acción de inconstitucionalidad 222 sentencias desde 1911 hasta 1935, por juristas de la talla de Augusto N. Samper, Bartolomé Rodríguez, Manuel J. Angarita, Navarro y Eusse, Tancredo Nannetti, Juan N. Méndez, Rodríguez Diago, Jenaro Cruz, Alberto Suárez Murillo, Gnecco Laborde y, como dignos de mayor realce por el tratamiento de los temas constitucionales: Luzardo Fortoul, Luis Felipe Rosales, Enrique A. Becerra y Francisco Tafur. Ellos realmente fueron los pioneros de la jurisprudencia constitucional en Colombia, ochenta años antes que los magistrados de la Corte Constitucional.

En ese periodo del siglo XX, aunque la sociedad colombiana era estamentaria, clerical, agraria y provincial, la Corte Suprema⁸ fue liberal en lo procedimental y dúctil en cuanto a la modulación de los fallos; pero no fue ágil en el manejo de los temas sustantivos porque se dejó enredar en el método exegético, y, cuando tomó vuelo con otros criterios, fue lamentablemente para favorecer intereses económicos extranjeros (por ejemplo la sentencia sobre petróleo para darle entrada a las compañías norteamericanas y la sentencia de los poderes implícitos al Ejecutivo para proteger a la United Fruit Company de la insurrección popular en la zona bananera).

5.4. La Corte durante el primer gobierno de López Pumarejo

En 1935, en su discurso al Congreso, el presidente Alfonso López Pumarejo había dicho, refiriéndose al poder judicial, que estaba: “en manos de la casta

⁷ A título simplemente informativo se podría agregar que hubo salvamentos de voto para noventa y cuatro sentencias, alto índice que se mantendrá durante todo el siglo.

⁸ La mayor parte de los magistrados habían sido educados en la época del radicalismo.

dominante”. Además, estaba muy influido por la jerarquía de la Iglesia Católica. Ambas situaciones van a sufrir, en parte, una modificación.

El 2 de abril de 1935 hubo un cambio masivo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Se posesionó la brillante Corte de la época del presidente López Pumarejo, integrada en su mayoría por juristas jóvenes, muy influidos por las enseñanzas francesas, que además expresaban la agilidad mental de un liberalismo impregnado de una ideología progresista burguesa, extraña en un país donde no ha habido revolución democrática burguesa y donde las élites son proclives a comportamientos conservadores, cuando no reaccionarios.

Paradójicamente, en materia de control constitucional, la Corte fue “tímida en su cumplimiento y ha encogido y achicado en la práctica su inmenso poderío”, como expresó en un salvamento de voto a la Sentencia de 25 de noviembre de 1935 el magistrado Miguel Moreno Jaramillo. Pero la producción fue relevante en materia civil. Se trató de humanizar el Código Civil, algo mil veces más difícil que humanizar una Constitución.

Ingresaron a la corporación, en ese año y en los siguientes, juristas de reconocido conocimiento jurídico y variadas fuentes ideológicas: Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, Liborio Escallón, Arturo Tapias Pilonieta, Hernán Salamanca, Aníbal Cardoso Gaitán, José Antonio Montalvo, Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Ángel, Juan Francisco Mújica, Eleuterio Serna, Pedro A. Gómez Naranjo, Miguel Moreno Jaramillo. Lo curioso es que este último era quien más sabía de control constitucional, basta ver sus obras *Ley de leyes y Sociedades*, sin embargo, mientras desempeñó sus funciones de magistrado, solamente se le repartió un expediente referente a un caso que ya antes había sido fallado, por lo tanto su pensamiento hay que buscarlo en uno de los salvamentos de voto hechos el 25 de noviembre de 1935. Son los salvamentos de Moreno Jaramillo, Zuleta Ángel, Rocha y Mújica mucho más importantes que la citada sentencia proferida por el jurista Aníbal Cardoso Gaitán. El asunto que originó el fallo fue un tema de derecho a la igualdad, por haberse acusado una norma sobre servicio militar obligatorio que permitía eludir la obligación mediante el aporte de una suma de dinero.

No obstante su raigambre conventual, en materia constitucional fue muy interesante el criterio del magistrado Miguel Moreno Jaramillo en su salvamento

de voto, quien con un criterio técnico advirtió que la guarda de la integridad de la Constitución implicaba el estudio de la norma más allá de los cargos formulados en la demanda, y distinguió entre la inexequibilidad que da lugar a la acción, y la inaplicabilidad que surge de la excepción. Según él, cuando se resuelve una acción de inconstitucionalidad, la Corte asume una función legislativa-judicial-constituyente y cuando se trata de la excepción la función es solamente judicial. Comparó la inexequibilidad a la nulidad absoluta (hasta allá no ha llegado ni siquiera la Corte Constitucional) y le dio a la acción un calificativo globalizador, no limitado simplemente a juzgar la armonía o desarmonía entre el acto acusado y alguno o algunos de los artículos de la Constitución: “No olvide la Corte que entre sus funciones ninguna supera en categoría y fuerza a la de revisar, *erga omnes*, si las leyes acatan o vulneran la norma fundamental de la República”. Moreno Jaramillo, lo mismo que Fernando Garavito en décadas anteriores, fue pionero de un control dinámico.

Un aspecto interesante en el comportamiento anterior a la existencia de la Corte Constitucional, palpable en la década de 1930, fue la prevalencia del derecho privado. En el derecho público tomaba vuelo el derecho administrativo, por la influencia de los tratadistas franceses. La teoría constitucional era opacada por otras expresiones jurídicas. Se consideraban como principios comunes los propios del derecho civil, e inclusive los clásicos derechos de libertad eran resaltados como derechos civiles. El buen jurista era el conocedor del Código Civil, se nutría en los escritos de Josserand, los hermanos Mazeaud, Planiol y Ripert, Claro Solar, Fernando Vélez, entre otros. El estudio del derecho penal oscilaba entre la escuela clásica de Carrara y la positivista de Ferri.

5.5. El estado de sitio casi permanente

Después de la Segunda Guerra Mundial, Colombia vivió una etapa de estado de sitio casi permanente durante medio siglo. Los límites que para el ejercicio de atribuciones legislativas le imponía al gobierno el artículo 121 de la anterior Constitución eran objeto de amplios debates teóricos, pero en la mayoría de las ocasiones la Corte Suprema de Justicia le daba vía libre al presidente de la República en la pertinencia de las medidas legislativas que tomara. Esto implicó

un afianzamiento de la ideología conservadora y una interpretación amplia de esas facultades extraordinarias que eran señaladas por la propia norma constitucional, en los siguientes términos: “además” de las facultades legales las que le confiere el derecho de gentes.⁹

La Corte Suprema, aunque estuviera conformada por los juristas más prestantes de la República, no pudo escapar a la ideología dominante, ni a la conocida orientación de la Guerra Fría. La jurisprudencia quedó aprisionada por la excepcionalidad y solo en contadas ocasiones rompieron los magistrados el cuello de botella del antiguo artículo 121 de la Constitución, que se constituía en útil herramienta para la denominada “seguridad nacional”.

La Corte Suprema fue proclive, en general, a poner la argumentación jurídica a favor de una expresión fuerte del orden público. Lo corriente era el temor reverencial al estado de sitio.

A mediados del siglo, el Congreso de la República fue cerrado (suspendidas sus sesiones, se decía por elegancia) en virtud del Decreto Legislativo 3250 de 1949, durante la presidencia de Mariano Ospina Pérez,¹⁰ por eso el Ejecutivo se convertiría en legislador único, haciendo uso de las facultades extraordinarias del estado de sitio.

Se produjo además la expedición del Decreto 3519 de 1949, que exigió una mayoría cualificada para la declaratoria de inexecutable de las normas jurídicas, actitud que fue calificada también como una especie de golpe de Estado.

Cerrado el Congreso, fue el Ejecutivo quien desde 1950 hasta finales de esa década organizó a la Corte, porque aunque el artículo 149 de la Constitución señalaba que la designación de los magistrados principales y suplentes de dicha corporación judicial correspondía a las cámaras legislativas a partir de ternas

⁹ No sobra advertir que desde el siglo XIX existió recelo sobre el derecho de gentes. En efecto, el 5 de octubre de 1898 se presentó un proyecto de ley, por parte de Jorge Holguín, para auspiciar un congreso latinoamericano que “enfrentara los abusos” con que algunas de las potencias de Europa solían imponer a estas repúblicas latinoamericanas “no civilizadas” un derecho de gentes mediatizado por modelos europeos.

¹⁰ En aquel entonces algunos juristas conservadores opinaban que durante el estado de sitio no debía funcionar el Congreso.

que presentaba el presidente de la República, la verdad era que como no había parlamento, entonces el Ejecutivo designaba en interinidad.

Era la época de la violencia conservadora, de la guerrilla liberal, de la presencia colombiana en la guerra de Corea, de los grandes desplazamientos hacia los centros urbanos y de la mediatización urbana alrededor de la “era dorada del fútbol colombiano”, pero al mismo tiempo y paradójicamente, de la expedición de los códigos Sustantivo y de Procedimiento del Trabajo (por decretos de estado de sitio).

5.6. Reforma de Rojas Pinilla

El 13 de mayo de 1953 asume la presidencia de la República el general Gustavo Rojas Pinilla. El 11 de noviembre de 1953, en Cartagena, el presidente Rojas hizo fuertes críticas a la organización y funcionamiento de la justicia colombiana; los magistrados de la Corte Suprema de ese entonces, el 13 de noviembre, respondieron presentando su renuncia.¹¹ El 28 del mismo mes, en Bucaramanga, Rojas Pinilla anunció el cambio de la Corte, algo que según sus palabras sirviera también “para fallar cuando la ley sea oscura o deficiente y puedan desentrañar de los principios tutelares del derecho las razones para sostener la justicia, sin que la jurisprudencia se petrifique o vuelva la espalda a las urgencias de la vida contemporánea”.

Como la Constitución preveía que el presidente de la República podía proveer en interinidad a los magistrados, Rojas Pinilla designó como nuevos integrantes, entre otros, a Darío Echandía, Antonio Rocha, Eduardo Rodríguez Piñeres, José Hernández Arbeláez, Alberto Zuleta Ángel, José J. Gómez,¹² Luis Felipe Latorre, Néstor Pineda, Ricardo Jordán Jiménez, Manuel Barrera Parra, Roberto Goenaga, Alberto Holguín Lloreda, Domingo Sarasty, Fernando Londoño, Guillermo Salamanca y Carlos Arango Vélez.¹³ Fue calificada como una Corte de lujo, por la “dignidad y prestancia de quienes la forman”.¹⁴

¹¹ Similar conducta adoptaron algunos magistrados de tribunales.

¹² El doctor José J. Gómez fue un jurista y profesor universitario, conocido comúnmente como el “Sapo” Gómez.

¹³ Después hicieron parte, entre otros, Miguel Arteaga, Luis Enrique Cuervo, Gerardo Arias Mejía, Gualberto Rodríguez, Arturo Silva, Rafael Leyva y Luis Gutiérrez Jiménez.

¹⁴ Editorial de *El Tiempo*, 29 de noviembre de 1953.

Parecía que no había fricción alguna entre el Ejecutivo y la Corte Suprema. Es más, mediante sentencia, el 28 de junio de 1956, la Corte Suprema en forma unánime estableció el *in dubio* pro presidente (de contenido prácticamente dictatorial porque viabilizaba sin cortapisa la expedición de decretos legislativos); pero a los pocos días, el presidente Rojas Pinilla promulgó el Decreto 1762 de 26 de julio de 1956, por medio del cual suspendió el artículo 30 del Código Judicial, convirtió al Tribunal Supremo del Trabajo en Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹⁵ y creó dentro de esta la Sala de Negocios Constitucionales, integrada por ocho magistrados que decidirían sobre las demandas de inconstitucionalidad, sin necesidad de que fallara la Corte en pleno.

En ese año de 1956 los magistrados se resintieron con el nacimiento de la Sala Constitucional. Doce de ellos presentaron renuncia porque no estaban de acuerdo con que perdieran los integrantes de las otras salas (civil, penal, negocios generales) la atribución de estudiar las leyes y decretos que se demandaran, pese a que dicha Sala de Negocios Constitucionales era integrada por magistrados ya existentes y no por magistrados recién nombrados.

Adicionalmente, se produjo reacción dentro de los juristas antioqueños, encabezados por Moreno Jaramillo, quienes en dos misivas, del 24 y 28 de agosto de 1956, dirigidas al presidente de la República, reclamaron por la determinación que se tomó. El general Rojas Pinilla les respondió recordándoles que fue la propia Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 28 de junio de 1956, la que consideró que el Ejecutivo tenía amplias facultades para proferir decretos de estado de sitio; además puso de presente que estaban represadas treinta y cinco demandas de inconstitucionalidad sin resolver y que la creación de una sala independiente respondía a “la acertada y moderna tendencia de acabar con el conocimiento promiscuo”.¹⁶

El 10 de mayo de 1957 Rojas dejó del poder. Él mismo designó a cinco militares para que lo reemplazaran, ellos asumieron la dirección del gobierno y una de las primeras medidas que tomaron fue la de derogar el Decreto 1762 de 1956. Murió así el primer intento de una jurisdicción constitucional propia.

¹⁵ Años antes, en 1939, el ministro José J. Caicedo Castilla había propuesto una reforma constitucional para crear la jurisdicción del trabajo.

¹⁶ Ver *Gaceta Judicial*, tomo LXXXIII, Nos. 2171-2-3.

Bajo el gobierno de la Junta Militar, los magistrados que provenían del régimen anterior se quejaron oficialmente de los “grupos de presión” que se habían movilizado contra la Corte, y de las conclusiones de una comisión paritaria nombrada por la Junta Militar para el reajuste institucional que recomendó la sustitución de los magistrados que venían desempeñando sus funciones.

Los enemigos de la Corte llegaron a afirmar que esta y los tribunales eran el resultado de “una concepción totalitaria y del desconocimiento de la ordenación constitucional”, además, según la Comisión de Reajuste Institucional, se estaba en un “estado de hecho”. Se afirmó que la rama judicial se había constituido en “un obstáculo para el logro de la finalidad esencial del gobierno y del movimiento popular que lo apoya”, que en aquel entonces ya se catalogaba como “revolución triunfante”.¹⁷ Por eso, con la firma de los magistrados de la Sala Plena, se hizo un enérgico pronunciamiento en salvaguarda de la independencia de la Corte Suprema. Pero es indudable que la Corte sucumbió ante los ataques y ante el manejo de la opinión pública, y el 28 de noviembre de 1957 se inhibió de conocer la demanda formulada contra los decretos legislativos que le daban base a la convocatoria de un plebiscito, que estableció el bipartidismo, la paridad y la alternación. La mayoría de la Corte sostuvo que como la Junta Militar ejercía el mando en un gobierno parcialmente revolucionario y de facto, entonces su actividad escapaba al control jurisdiccional.

5.7. Reforma de Carlos Lleras Restrepo y sus implicaciones

Ya bien avanzado el Frente Nacional, se expidió la reforma de 1968, que en materia de control constitucional presenta la creación de la Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia.¹⁸ Esta sala se integró con cuatro magistrados especialistas en derecho público, quienes debían elaborar los proyectos de sentencia relacionados con los asuntos de inexequibilidad, pero, para evitar lo que aconteció en la época de Rojas Pinilla, la reforma determinó que la votación definitiva correspondería a la Corte en pleno, es decir que la Sala Constitucional efectuaba el trabajo, pero sometía sus proyectos a la consideración de

¹⁷ Ver *Gaceta Judicial*, tomo LXXXIV, pp. 287 a 295. Con fecha 9 de agosto de 1957 hay un comunicado de la Corte Suprema sobre estos puntos.

¹⁸ El procedimiento que se desarrollaría aparece en el Decreto 432 de 1968.

todos los magistrados, así fueran de las salas Civil, Penal o Laboral. Particular importancia tuvo el artículo 29 del Decreto 432 de 1969 que estableció:

Conciérne a la Corte Suprema de Justicia confrontar las disposiciones objetadas, revisadas o acusadas, con la totalidad de los preceptos de la Constitución, y si encontrare que han sido transgredidas por el proyecto, la ley o el decreto, normas constitucionales distintas de las indicadas en la objeción, intervención o demanda, o que la violación de ellas se ha realizado por causa o en forma diferente de la invocada, procederá a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

A raíz de la creación de la Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia hubo inicialmente un aumento ostensible de demandas y consecuentemente de sentencias en materia de constitucionalidad. Es muy importante señalar que al resultado de esa modificación en la integración de la Corte Suprema de Justicia se le pueden hacer varias lecturas:

1.^a Es evidente que a partir de la creación de la Sala Constitucional los ciudadanos tuvieron una mayor confianza en el funcionamiento del control constitucional. Antes de la existencia de dicha sala, el promedio anual de fallos de constitucionalidad era de diez, es decir, que eran muy pocas las demandas de inconstitucionalidad que se presentaban, mientras que a partir del funcionamiento de la Sala Constitucional el promedio era de ochenta y nueve al año. Esa confianza existió aunque la Corte fuera proclive a las declaratorias de constitucionalidad.

2.^a Era el ciudadano quien democráticamente fijaba los temas en las acciones constitucionales. Los derechos sociales y de contenido económico, aunque no siempre estuvieran en el texto constitucional, fueron invocados y estudiados. No eran los expertos quienes inducían el grueso del trabajo en materia constitucional.¹⁹ La acción pública de inconstitucionalidad dio un giro

¹⁹ Claro que los constitucionalistas van a presentar demandas de constitucionalidad: un ejemplo muy conocido en su época, el doctor César Castro Perdomo; pero el grueso de las demandas provienen del ciudadano común y corriente.

hacia la reclamación práctica de colectivos que se consideraban afectados por la normatividad que se expedía y deseaban agotar la posibilidad de una declaratoria de inconstitucionalidad. En otras palabras: una acción pública que se iba convirtiendo en una acción de reclamación por intereses privados afectados por la norma expedida.

3.^a Las decisiones eran muy controvertidas, la argumentación se empleaba especialmente para defender la propia opinión y no para convencer a quien pensara diferente; había muchos salvamentos de voto; en algunas ocasiones la ponencia presentada por la Sala Constitucional era derrotada por los magistrados de las otras tres salas (Civil, Laboral, Penal); pero esto pasaba relativamente desapercibido, pesaban más las implicaciones positivas de una relativa autonomía orgánica para decidir sobre la constitucionalidad de las normas acusadas.

En fin, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cumplió una tarea destacada que ha debido tenerse en cuenta cuando la Corte Constitucional inició sus labores, pero desafortunadamente no fue así, se dejó de lado una jurisprudencia existente y valiosa.

5.8. Última década del control en la Corte Suprema de Justicia

En la década de 1980 el clima jurídico que existía en la Corte Suprema de Justicia (antes de la toma sangrienta del Palacio de Justicia en noviembre de 1985), tenía estas características:

Enfrentamiento con el gobierno respecto a la emergencia económica. Valga este dato: en el año de 1983, de 78 decretos estudiados, tanto de la emergencia como del estado de sitio, 43 (55%) fueron declarados exequibles y 35 inexequibles (45%). Lo que hay que resaltar es que la mayor parte de lo estudiado y declarado inexequible correspondía a la emergencia económica; por el contrario, en cuanto a leyes y decretos del estado de sitio la inclinación es a la constitucionalidad: en 1984, cuando ya se había superado la emergencia económica, el porcentaje respecto a los decretos de estado de sitio fue de 81% exequibles y 19% inexequibles; y en 1985, 77% exequibles, 23% inexe-

quibles. Respecto a leyes, en 1983 el 91%, en 1984 el 85% y en 1985 el 94% fueron declaradas exequibles.²⁰

La toma o tomas del Palacio de Justicia conllevaron pérdidas humanas irreparables. De los magistrados titulares murieron Alfonso Reyes Echandía, Luis Enrique Aldana, Álvaro Luna Gómez, Pedro Elías Serrano, Darío Velásquez Gaviria, Manuel Gaona Cruz, Carlos Medellín Forero, Ricardo Medina Moyano, Fabio Calderón Botero, Fanny González y Eduardo Gnecco Correa. Varios de ellos se pueden vincular con la escuela crítica del derecho y profundos conocedores de la argumentación jurídica.

Pasados seis años y cuando aún no se había repuesto la Corte Suprema de Justicia de las enormes pérdidas, se expide la Constitución de 1991 y nace la Corte Constitucional.

5.9. La Corte Constitucional provisional y el proceso de ruptura

La Constitución de 1991, artículo transitorio 22, permitió que durante un año hubiese una Corte Constitucional integrada por siete magistrados, dos elegidos por el presidente de la República, uno por la Corte Suprema, uno por el Consejo de Estado, uno por el procurador general de la nación y dos elegidos por los cinco nuevos magistrados de la Corte Constitucional pero de ternas presentadas por el presidente de la República.

De los siete magistrados, cuatro provenían de la Corte Suprema de Justicia (Fabio Morón, Simón Rodríguez, Jaime Sanín y José Gregorio Hernández). El propósito de quienes provenían de la Corte Suprema era mantener una interpretación jurídica sin sobresaltos. La Corte Suprema de Justicia supuso que la cabeza de la jurisdicción ordinaria y no la de la jurisdicción constitucional continuaría siendo el organismo supremo de la justicia en Colombia, pero no midió el alcance ni de la Corte Constitucional ni de la tutela. El interés principal

²⁰ Ese clima proclive a no alterar el *statu quo* permitió que la Corte se abstuviera de decidir sobre la constitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado de extradición entre Estados Unidos y Colombia, que se hubiera declarado inexecutable la expropiación sin indemnización, y que la última sentencia, antes de los fatídicos episodios, se refiriera a la justicia penal militar sin afectar su esencia (26 de septiembre de 1985).

de la Corte Suprema se centraría en el tema de proteger la seguridad jurídica de sus decisiones de casación. El enclaustramiento de los ex magistrados de la Corte suprema y ahora magistrados de la Corte Constitucional, en ese deseo absorbente de mantener intocables las decisiones de la justicia ordinaria y de la contencioso administrativa (cuestión que se aprecia en la Sentencia C-543 de 1992, que dijo, con la firma de los cuatro magistrados provenientes de la Corte Suprema, que no hay tutela contra sentencias judiciales) permitió el desenvolvimiento del “nuevo derecho” sin contradictor visible ni poderoso.

En la conformación de una nueva forma de ver el derecho van a ser determinantes los otros tres magistrados de la Corte Constitucional: Ciro Angarita, Eduardo Cifuentes y Alejandro Martínez, quienes no habían hecho parte de la rama judicial. Los dos primeros provenían de la escuela jurídica de la Universidad de los Andes, imbuidos por los tratadistas norteamericanos y europeos (diferentes a los franceses), por ejemplo Dworkin, Alexy, Habermas, Perelman; el tercer magistrado, Martínez Caballero, de la Universidad del Rosario, era admirador del tratadista de derecho administrativo García de Enterría, un español que había logrado hacer del derecho administrativo un derecho activo, pese a vivir en la era franquista. Adicionalmente, en la base de la Corte Constitucional van a trabajar, especialmente como magistrados auxiliares, personas conocedoras del sistema jurídico anglosajón, y esto va a ser determinante en la conformación de una cultura del precedente jurisprudencial, particularmente del precedente que surge de las sentencias de la Corte Constitucional.

Una gran importancia van a tener las orientaciones de Ciro Angarita, el más importante de los magistrados con que ha contado la Corte Constitucional colombiana, desafortunadamente no reelegido por el Senado, en un error histórico imperdonable.

Esa Corte Constitucional inició su actuación con muchos aspectos a favor. Merecen destacarse los siguientes:

1. Han finalizado la Guerra Fría y las dictaduras del Cono Sur, luego el tema de la defensa de los derechos humanos va a estar en el centro de la vida política y jurídica.

2. La nueva Constitución reintegra el derecho a la igualdad dentro de su texto (la igualdad no figuraba en la Constitución de 1886 ni en sus reformas).
3. Ingresan a la Constitución los derechos sociales, económicos y culturales.
4. La Constitución de 1991 es una Constitución seglar, pluralista; establece el bloque de constitucionalidad; refuerza el control judicial constitucional.
5. El nuevo texto constitucional acaba con el estado de sitio (aunque permite unos estados de excepción).
6. Se caracteriza a la República como un Estado Social de Derecho.
7. Lo principal: se consagran los derechos constitucionales fundamentales, se los garantiza mediante la acción de tutela y se le da la última palabra jurisprudencial en el tema a la Corte Constitucional. Esto es muy importante en la nueva Constitución Política.

Por otro parte, dentro de la mecánica cotidiana, la conformación de las salas de revisión en materia de tutela, integradas por tres magistrados en orden alfabético, va a dar lugar a que los nuevos magistrados: Angarita, Cifuentes y Martínez, estén en todas las salas e impulsen una jurisprudencia avanzada, que muy pronto contará con el apoyo de los magistrados Morón y Hernández.

5.10. Las Cortes Constitucionales del artículo 239 de la Constitución Política

La composición de la Corte Constitucional, cuyo carácter provisional se pierde a partir del año 1993, va a responder orgánicamente a una elección basada en ternas presentadas por el presidente de la República, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, enviadas al Senado para que escoja a los nueve magistrados.²¹ Así lo ordena el artículo 239 de la Constitución Política.

La Corte Constitucional elegida según el artículo 239 reafirma la jurisprudencia garantista en tutela, los jueces de la República acatan esa jurisprudencia, los ciudadanos la ven con buenos ojos, en las facultades de derecho la mayoría de los profesores y estudiantes la defienden, muchas personas manifiestan estar

²¹ El número de nueve magistrados es de origen legal.

a favor de la tutela y por supuesto de la Corte Constitucional. Y los magistrados escogidos a finales del siglo XX y a principios del siglo XXI para reemplazar a quienes integraron a la primera Corte elegida por el Senado mantuvieron y hasta profundizaron y avanzaron en la jurisprudencia garantista en las acciones de tutela. Especialmente garantista ha sido en lo referente a los derechos a: la salud, las pensiones, la protección a la maternidad y aun en el tema de las vías de hecho.²²

No quiere decir lo anterior que al cambiar ostensiblemente la correlación de fuerzas en la Corte Constitucional la jurisprudencia no se vea afectada. Es indudable que de una Corte liberal se puede pasar a una Corte conservadora y la interpretación constitucional se puede ver restringida, especialmente porque en las sentencias de constitucionalidad juegan su papel la ideología, la inclinación a determinada corriente jurídica, la política y el pragmatismo.

²² Hay que admitir que a partir de unos fallos de tutela que afectaron concepciones tradicionales en lo religioso, en lo laboral, en lo sexual, en el trato a las minorías, se producen debates que buscan aminorar el ámbito de la tutela. En verdad, la tutela cambió el panorama jurídico nacional y proyectó a la Corte Constitucional como una de las instituciones más relevantes del país.

6. Producción jurisprudencial*

Beatriz Londoño Toro**

Oscar José Dueñas Ruíz***

Edgar Ospina Duque****

6.1. Visión cuantitativa respecto al trabajo de las dos Cortes

A manera de ejemplo se puede decir que surge una diferencia notoria entre el volumen de la producción de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional. En efecto, mientras la primera profirió entre 1886 y los primeros meses de 1992, 2.686 sentencias de control de constitucionalidad, la segunda, hasta marzo de 2006, había emitido ya cerca de 3.931 fallos del mismo tipo. Vale la pena mencionar que la mayor parte de la producción de la Corte Suprema tuvo lugar entre 1969 y 1991, esto es, desde la creación de la Sala Constitucional: 2.057 sentencias.

Respecto al tema de la protección de derechos se observó, en primer lugar, que de las 3.931 sentencias proferidas por la Corte Constitucional, cerca del 46% involucran la violación de un derecho fundamental –aproximadamente 1.535 providencias–. De este 46%, el 72% –1.054 fallos– versa sobre derechos civiles y políticos, 19% –280 sentencias– sobre derechos económicos, sociales y culturales, y 9% –128 sentencias– sobre derechos colectivos. Concretamente, de los derechos que más se ha ocupado la Corte son: el derecho a la igualdad –aproximadamente 450 sentencias–, el derecho al debido proceso –280 sentencias–, el derecho a la seguridad social en pensiones –75 sentencias–, el

* Los autores agradecen la colaboración de Juliana Fernanda Acuña Ardila, Luis Fernando Guzmán, Daniel Agudelo, Ana María Briceño, Claudia Dussan, Andrea Canal y Daniel Camelo.

** Abogada UPB, doctora en derecho constitucional de la Universidad Complutense, profesora de carrera y directora del Grupo de Investigación en Derechos de Humanos de la Universidad del Rosario.

*** Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

**** Abogado de la Universidad del Cauca, especialista en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre.

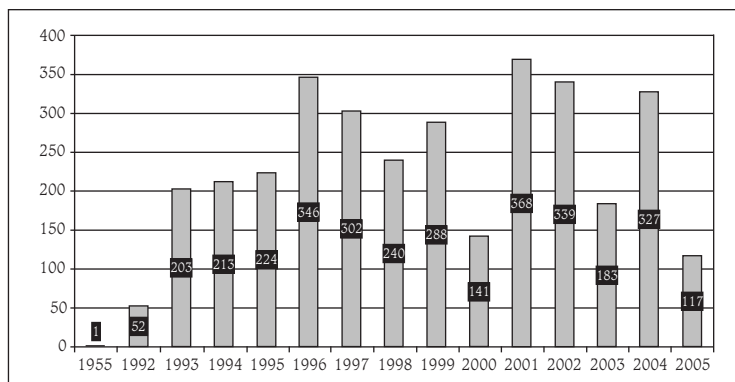
derecho al trabajo –73 sentencias–, los derechos de los niños –41 sentencias–, y el derecho a acceder y ejercer cargos públicos –35 sentencias–.¹

Al igual que en la Corte Constitucional, la mayor parte de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que versaban sobre derechos se ocuparon de derechos civiles y políticos –60%, equivalente a 142 sentencias vistas–. Los fallos sobre derechos económicos, sociales y culturales y sobre derechos colectivos tuvieron una representación igual: 20%, equivalente a 46 sentencias observadas. En lo que respecta a los derechos abordados en concreto, se observó que los más invocados fueron el derecho al trabajo –65 sentencias–, el derecho a la seguridad social en pensiones –30 sentencias–, derecho al debido proceso –27 sentencias–, y el derecho a la libertad –21 sentencias–.

Las anteriores cifras evidencian que la producción de la Corte Constitucional en materia de derechos ha sido mucho más activa que la de la Corte Suprema de Justicia. De otro lado, se encuentra coincidencia en que entre los derechos más abordados se incluyan el debido proceso, la seguridad social en pensiones y el derecho al trabajo.

Las siguientes gráficas, *hechas sobre un muestreo de centenares de fallos* (no de la totalidad), ilustran el comportamiento de las dos Cortes:

Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Sentencias de Constitucionalidad
Período 1992-2005
Corte Constitucional

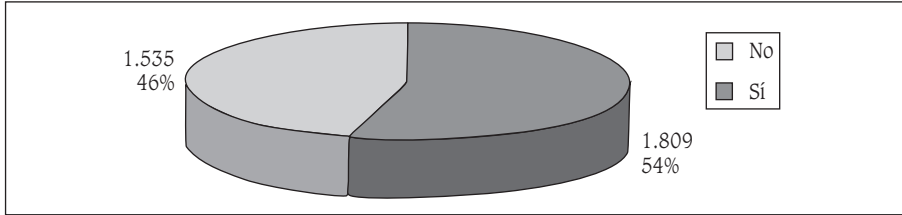


¹ El derecho a la salud lo desarrolla, especialmente, la jurisprudencia en tutela.

Proyecto Itinerario Jurisprudencial

¿Las sentencias de constitucionalidad involucran análisis de derechos humanos?

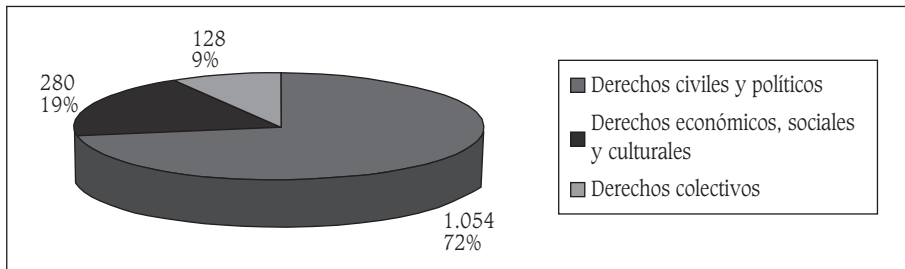
Corte Constitucional



Proyecto Itinerario Jurisprudencial

Examen de derechos fundamentales en sentencias de Constitucionalidad

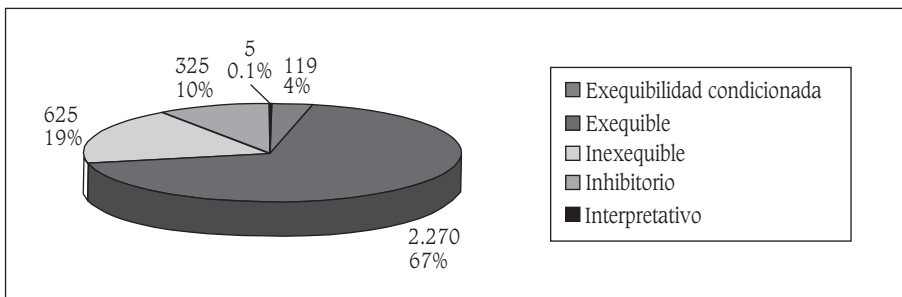
Corte Constitucional



Proyecto Itinerario Jurisprudencial

Tipo de decisión en sentencias de constitucionalidad

Corte Constitucional



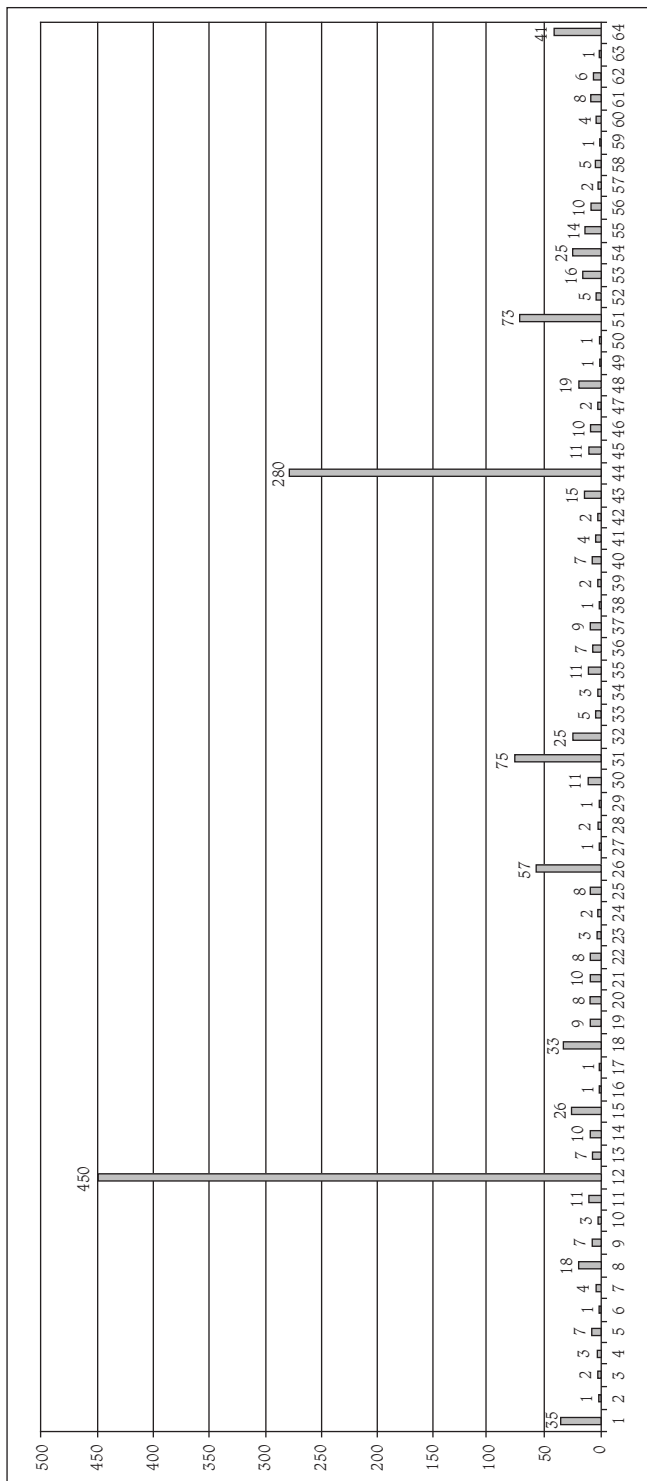
**Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Corte Constitucional**

Cod.	Derecho	Cant.
1	Derecho a ejercer cargos públicos	35
2	Derecho a constituir partidos, movimientos o agrupaciones políticas	1
3	Derecho a difundir las ideas de partidos, movimientos o agrupaciones políticas	2
4	Derecho a formar parte de partidos, movimientos o agrupaciones políticas	3
5	Derecho a la autonomía	7
6	Derecho a la cedulación	1
7	Derecho a la conservación de las especies naturales	4
8	Derecho a la educación	18
9	Derecho a la familia	7
10	Derecho a la honra	3
11	Derecho a la huelga	11
12	Derecho a la igualdad	450
13	Derecho a la integridad personal	7
14	Derecho a la intimidad personal y familiar	10
15	Derecho a la libertad	26
16	Derecho a la libertad de cátedra, enseñanza, aprendizaje, investigación	1
17	Derecho a la libertad de conciencia	1
18	Derecho a la libertad de escogencia de profesión u oficio	33
19	Derecho a la libertad de expresión	9
20	Derecho a la libertad religiosa	8
21	Derecho a la libre circulación	10
22	Derecho a la moralidad administrativa	8
23	Derecho a la negociación colectiva	3
24	Derecho a la participación en la gestión empresarial	2
25	Derecho a la personalidad jurídica	8
26	Derecho a la propiedad	57
27	Derecho a la propiedad industrial	1
28	Derecho a la recreación	2
29	Derecho a la salubridad pública	1
30	Derecho a la seguridad pública	11
31	Derecho a la seguridad social en pensiones	75
32	Derecho a la seguridad social en salud	25
33	Derecho a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles	5
34	Derecho a la verdad justicia y reparación	3
35	Derecho a la vida	11
36	Derecho a la vivienda	7
37	Derecho a libre competencia económica	9
38	Derecho a participar en referendos	1

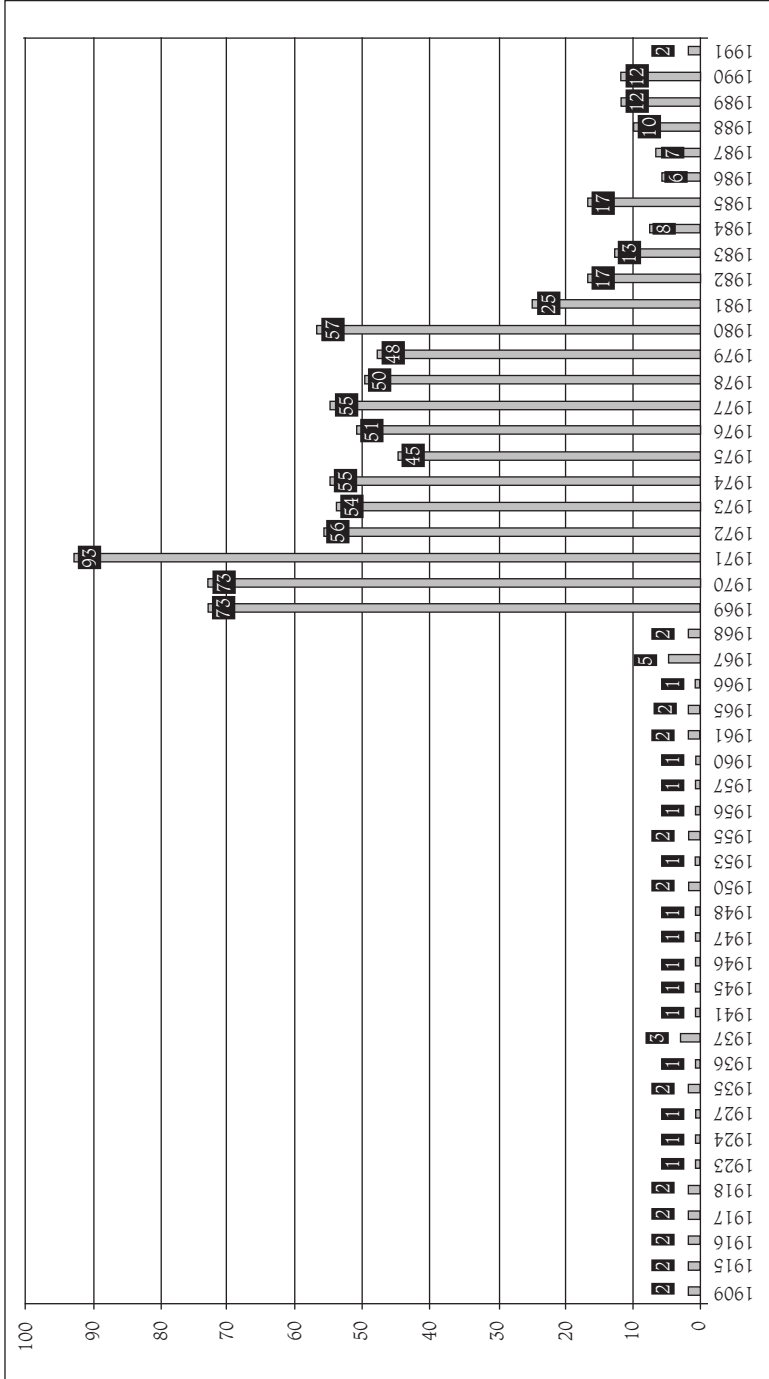
Continúa

Cod.	Derecho	Cant.
39	Derecho a revocar el mandato	2
40	Derecho a ser elegido	7
41	Derecho al acceso a los servicios públicos	4
42	Derecho al acceso a una infraestructura de servicios públicos	2
43	Derecho al ambiente sano	15
44	Derecho al debido proceso	280
45	Derecho al ejercicio del control político	11
46	Derecho al equilibrio ecológico, manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales	10
47	Derecho al goce del espacio público	2
48	Derecho al libre desarrollo de la personalidad	19
49	Derecho al patrimonio público	1
50	Derecho al servicio público	1
51	Derecho al trabajo	73
52	Derecho al voto	5
53	Derecho de asociación	16
54	Derecho de defensa	25
55	Derecho de <i>hábeas corpus</i>	14
56	Derecho de <i>hábeas data</i>	10
57	Derecho de los consumidores y usuarios	2
58	Derecho de petición	5
59	Derecho de reunión	1
60	Derecho a la paz	4
61	Derecho patrimonio cultural	8
62	Derechos de las minorías	6
63	Derechos de los adultos mayores	1
64	Derecho de los niños	41
	Total general	1.441
	Otros	1.903
	Total general	3.344

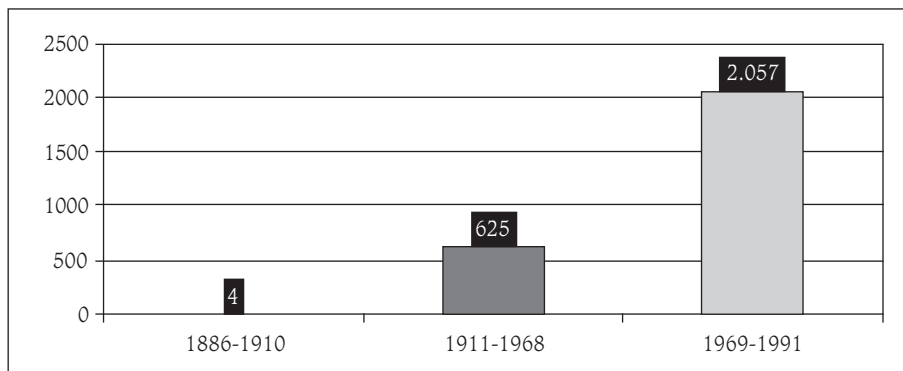
Proyecto Itinerario Jurisprudencial
 Sentencias de constitucionalidad sobre derechos fundamentales
 Corte Constitucional



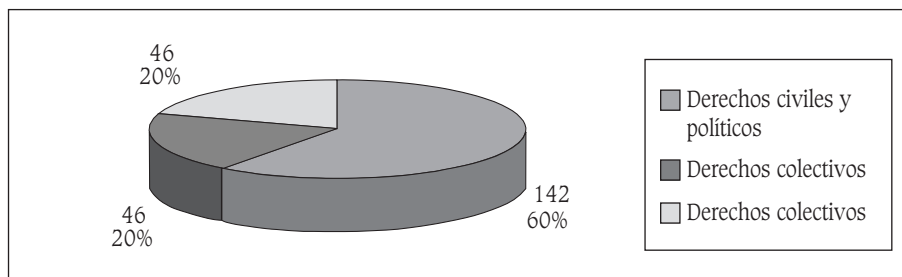
Proyecto Itinerario Jurisprudencial
 Sentencias de constitucionalidad en temas de derechos fundamentales
 Período 1909-1991
 Corte Suprema de Justicia



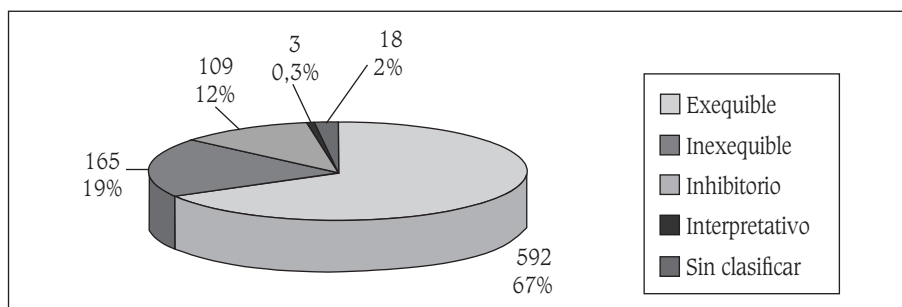
Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Sentencias de Constitucionalidad de la Corte Suprema
 106 años



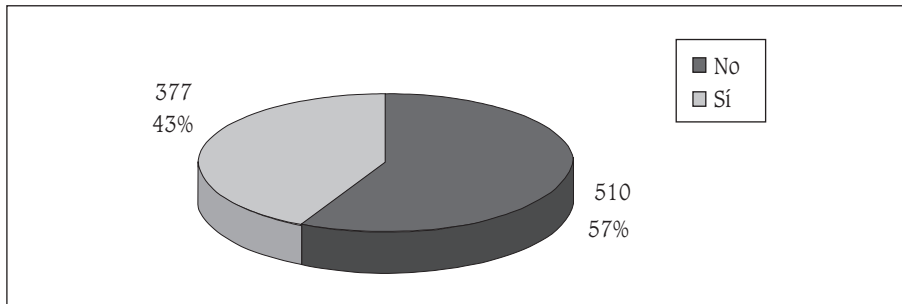
Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Examen de derechos fundamentales de sentencias de constitucionalidad
 Corte Suprema de Justicia



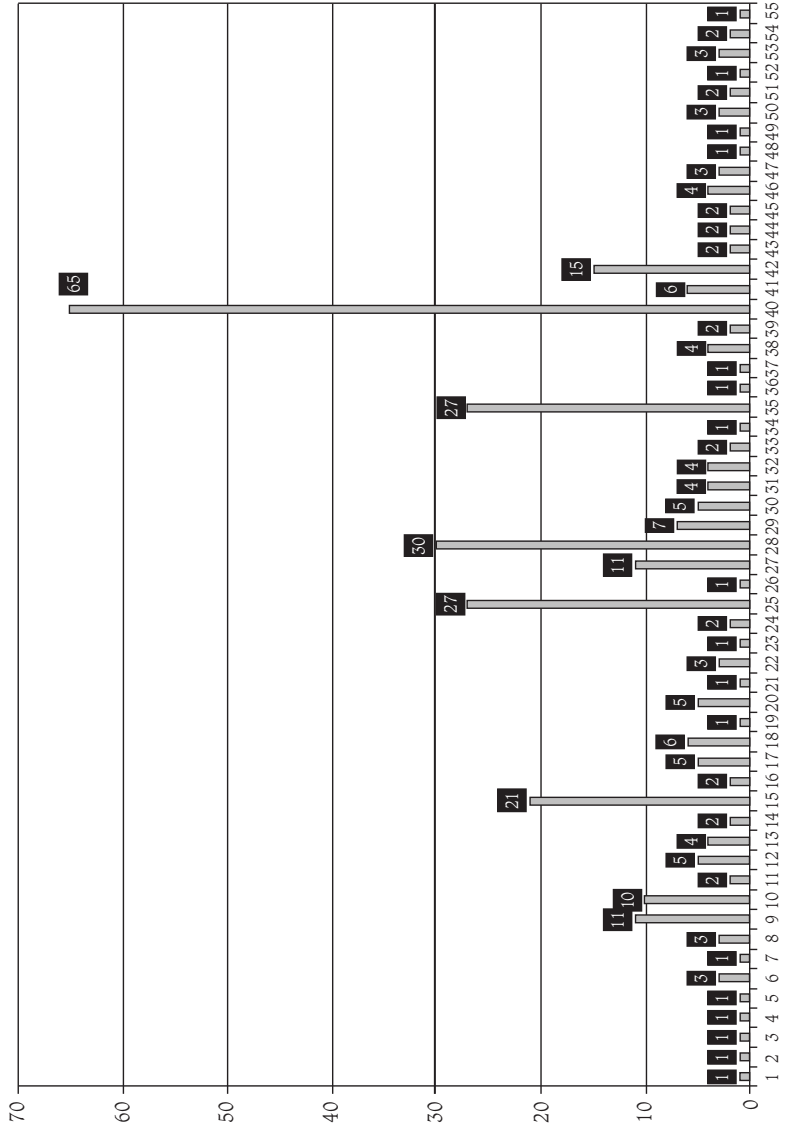
Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Tipo de decisiones en sentencias de constitucionalidad
 Corte Suprema de Justicia
 Proyecto Itinerario Jurisprudencial



¿Las sentencias de constitucionalidad involucran análisis de derechos humanos?
Corte Suprema de Justicia



Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Examen de derechos fundamentales en sentencias de constitucionalidad
Corte Suprema de Justicia



Proyecto Itinerario Jurisprudencial
Corte Suprema de Justicia
(muestreo)

Cod.	Derecho	Cantidad
1	Derecho a la vivienda	1
2	Derecho a la defensa	1
3	Derecho a la propiedad intelectual	1
4	Derecho al salario	1
5	Derecho a construir partidos, movimientos o agrupaciones políticas	1
6	Derecho a elegir	3
7	Derecho a la asociación	1
8	Derecho a la defensa	3
9	Derecho a la educación	11
10	Derecho a la familia	10
11	Derecho a la honra	2
12	Derecho a la huelga	5
13	Derecho a la igualdad	4
14	Derecho a la integridad personal	2
15	Derecho a la libertad	21
16	Derecho a la libertad de conciencia	2
17	Derecho a la libertad de escogencia de profesión u oficio	5
18	Derecho a la libertad de expresión	6
19	Derecho a la libertad religiosa	1
20	Derecho a la libre circulación	5
21	Derecho a la libre competencia económica	1
22	Derecho a la moralidad administrativa	3
23	Derecho a la moralidad pública	1
24	Derecho a la participación en la gestión empresarial	2
25	Derecho a la propiedad	27
26	Derecho a la salubridad pública	1
27	Derecho a la seguridad pública	11
28	Derecho a la seguridad social en pensiones	30
29	Derecho a la seguridad social en salud	7
30	Derecho a la vida	5
31	Derecho a la vivienda	4
32	Derecho a libre competencia económica	4
33	Derecho al acceso a una infraestructura de servicios públicos	2
34	Derecho al ambiente sano	1
35	Derecho al debido proceso	27
36	Derecho al equilibrio ecológico, manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales	1

Continúa

Cod.	Derecho	Cantidad
37	Derecho al goce del espacio público	1
38	Derecho al libre desarrollo de la personalidad	4
39	Derecho al salario	2
40	Derecho al trabajo	65
41	Derecho de asociación	6
42	Derecho de defensa	15
43	Derecho de libertad de escogencia de profesión u oficio	2
44	Derecho de los consumidores y usuarios	2
45	Derecho de petición	2
46	Derecho de propiedad	4
47	Derecho de reunión	3
48	Derecho debido proceso	1
49	Derecho a la paz	1
50	Derecho penal de acto	3
51	Derecho político	2
52	Derechos de autor	1
53	Derechos de los adultos mayores	3
54	Derechos de los niños	2
55	Derecho al trabajo	1
	Total General	333
	Otros	550
	Total General	883

6.2. Primera lectura a la producción jurisprudencial antes señalada

La relación que se ha hecho en los capítulos anteriores, tanto de las constituciones, su teoría y su interpretación, como del control judicial constitucional, de la acción de inconstitucionalidad y la jurisdicción constitucional en Colombia, en relación con los datos que arrojan los cuadros anteriores, permite, *prima facie*, resaltar visiones desde diferentes ángulos.

6.2.1. Visión desde el punto de vista socio-político

Para establecer un análisis global y una periodicidad de las expresiones de la jurisprudencia no se puede hacer la consideración únicamente a partir de la propia jurisprudencia, ni de la corporación que la profiere, ni de las corrientes del derecho, ni de los métodos de interpretación, ni siquiera de la decisión que se profiera. El derecho, incluida la jurisprudencia, no tiene existencia au-

tónoma, es una manifestación, una expresión, un fenómeno, consecuencia de la realidad económica, social y política de las sociedades.

Por consiguiente, la explicación de las distintas jurisprudencias hay que buscarla no solo en el derecho mismo, sino en los grandes acontecimientos económicos, sociales y políticos del orden mundial y nacional; es necesario también investigar las incidencias de lo internacional en lo nacional, aunque las influencias lleguen con los retrasos y desigualdades propios de la dependencia.

Nada de lo que ha sucedido en Colombia en la economía, en lo social, en lo político y, desde luego, en lo jurídico, se podría terminar de entender cabalmente por fuera de aquellas grandes etapas de la historia. Desde luego que respetando las paradojas, las inconsistencias y las particularidades nacionales.

Es evidente que asimilar plenamente instituciones establecidas por las primeras revoluciones (norteamericana, francesa e inglesa) llevó más de un siglo (por ejemplo el voto universal, que se aceptó en Colombia a partir de la reforma de 1910). Recibir la influencia de los grandes acontecimientos de principios del siglo XX demoró menos tiempo, y los efectos de los cambios de 1989-1990 se reflejaron en nuestro país casi de inmediato.

Como después de la Independencia en Colombia no ha ocurrido ni una revolución, ni un cambio estructural profundo, entonces se puede aventurar un análisis a partir del contexto internacional, y se podrían establecer, por lo menos, los siguientes tres momentos o periodos:

a) El período de la formación republicana, desde la emancipación hasta iniciado el siglo XX. Es la etapa abierta con las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa, que derrotaron el viejo sistema medieval y dieron origen al capitalismo con su sistema jurídico “moderno”; sistema jurídico que se estructura y funciona alrededor de la propiedad privada. Colombia, como país emancipado pero dependiente siempre de las grandes potencias (España, Inglaterra y Estados Unidos), llegó tarde a la denominada legalidad burguesa (en la segunda parte del siglo XIX, cuando se adoptó el Código Civil).

Antes de 1886, si bien es cierto que los radicales y el liberalismo fueron muy importantes en la historia de nuestra patria y expresaban sus postulados en las constituciones, la sociedad era precapitalista. No debe olvidarse que solo a mediados del siglo XIX se empezó a superar la vetusta economía colonial. En

aquel entonces, el poder giraba alrededor de la propiedad inmueble rural o de las minas, por consiguiente las elaboraciones de los tribunales eran especialmente sobre el derecho de propiedad o sobre temas penales, en un país históricamente violento. En resumen, las constituciones liberales, antes de 1886, en un país agrario, poco se reflejaban en la jurisprudencia.

Si se analiza desde 1886 hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial, se observa que la jurisprudencia constitucional era escasa. La Constitución de 1886, católica y conservadora, no le dio mucho juego a la acción de inconstitucionalidad. No obstante, hubo algo curioso: en la Sentencia o “Acuerdo” de 21 de septiembre de 1900 se declaró la exequibilidad de un decreto expedido por Marroquín, sin que la Corte tuviera competencia para ello, pero era la disculpa para justificar el golpe de Estado que llevó al vicepresidente Marroquín a la jefatura del Estado; pues bien, en este caso, aunque se invocaron en la aclaración del fallo “los deberes sagrados” del gobernante, la verdad es que la Corte Suprema se enfrentó políticamente, con dicha decisión, a los ultraconservadores Sanclemente, Miguel Antonio Caro, Marco Fidel Suárez y hasta al propio arzobispo de Bogotá.²

b) Una segunda etapa coincide con la crisis de la sociedad capitalista expresada, por lo menos, en los siguientes hechos: la Primera Guerra Mundial (1914-1918), la Revolución Rusa (noviembre de 1917), la Gran Depresión económica (1929) y la Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Estos acontecimientos, en lo fundamental, determinaron todo lo que sucedió en el resto del siglo XX.

Es interesante anotar que fue precisamente en el año de 1910 cuando hubo una reforma constitucional, ya mencionada anteriormente, determinante para el control judicial constitucional; eso aconteció después de la Guerra de los Mil Días, de la pérdida de Panamá y del nacimiento de una incipiente industria. Entró en ascenso un capitalismo nacional que se fortificaría en la década de los 30, y en esta etapa la supremacía de la Constitución sería indispensable para el despegue del modelo económico; por eso la jurisprudencia constitucional, a

² Esta sentencia se analizará posteriormente.

partir de 1911, comenzó a ser notoria, y no escapó en las décadas de 1910 y 1920 a la influencia norteamericana y a una postura anticomunista (Sentencia de 13 de noviembre de 1928).

Los enfoques fueron diferentes después de 1935 y el apoyo teórico que se buscó en lo extranjero se halló en la teoría francesa. En Colombia ya había juristas con ideología burguesa (Antonio Rocha, Zuleta Ángel) o inclusive marxista (Juan Francisco Mújica), pero los conflictos eran llevados a la discusión política más que a la jurídica. En el régimen progresista de López Pumarejo realmente existió un liberalismo con tintes sociales y hubo una relativa tranquilidad en cuanto a demandas de inconstitucionalidad, porque lo fuerte de la discusión se daba en el derecho civil (se pensó hasta cambiar el Código), en el derecho penal (con sociologismo a ultranza), y se dieron los primeros pasos en el seguimiento a la teoría administrativa francesa. La riqueza jurisprudencial habrá que buscarla, por consiguiente, en fuentes diferentes a la constitucional, pero serán de profundo contenido liberal hasta el año de 1944.

c) Por último, el crudo enfrentamiento del capitalismo (Estado Unidos y Europa Occidental) contra el socialismo real (URSS, Europa del Este, Cuba, Vietnam y China), y en 1989 la caída de los partidos obreros en la Europa del Este, con las consecuencias económicas, sociales y políticas que este acontecimiento ha tenido para todo el mundo.⁵

En esta situación concreta, inciden en Colombia los grandes sectores sociales (los trabajadores, los intelectuales, los campesinos, los estudiantes, y las mujeres), en su grado de organización gremial y política y su capacidad para movilizarse y cuestionar; pero esto no afectará las bases mismas de la sociedad. Son tiempos muy activos, pero la contradicción es evidente: por un lado, un país enterado e imbuido por la situación mundial y, por otro lado, una situación de represión e intolerancia.

La jurisprudencia después de la Segunda Guerra Mundial fue abierta en las naciones desarrolladas, de acuerdo con la evolución y conformación del Estado de Bienestar expresado en las constituciones, legislaciones y prácticas

⁵ Por eso ha dicho Eric Hobsbawm que el siglo XXI empezó realmente en 1990.

políticas de muchos países europeos, también de acuerdo con los parámetros del *New Deal* en Estados Unidos, que fue acompañado por la llamada “Revolución constitucional limitada”.

En Colombia ocurrió todo lo contrario. Desde la década de los 40 hasta la década de los 90 la jurisprudencia estuvo dominada en casi todo el tiempo por lo más reaccionario de la Guerra Fría (la política de la seguridad nacional y la democracia restringida). Se perdió, entonces, durante muchas décadas la oportunidad de acompañar jurisprudencialmente al Estado de Bienestar como la única receta capitalista para una mejor calidad de vida.

Solamente con la creación de la Corte Constitucional se verá una jurisprudencia acorde, en ocasiones, con una ideología que muestra su cara amable en el Estado Social de Derecho. Es que bajo la óptica de los derechos, el Estado liberal consagró los derechos de libertad y de igualdad (formal), mientras que el Estado Social de Derecho suma a los anteriores los derechos sociales, económicos y culturales. Pero cualquiera de estos modelos se ubica dentro del esquema capitalista. Surgen por supuesto diferencias en cuanto a su diseño, y esto se refleja no solo en el manejo económico sino en el mundo jurídico.

Esa jurisprudencia de la Corte Constitucional, que trata de ubicar al país en la modernidad, contará con dos obstáculos enormes: por un lado, el capitalismo salvaje expresado en el modelo neoliberal y, por otro lado, el rechazo que algunos sectores de las élites criollas tienen frente al Estado Social de Derecho; en ambos casos, se ve con malos ojos hasta la tutela, que no es distinta a una Cruz Roja jurídica.

6.2.2. Visión desde el punto de vista de las sentencias

Desde el siglo XIX, en nuestro país como en toda Latinoamérica, el poder del juez respondió en parte a las enseñanzas del constitucionalismo de Estados Unidos y a la admiración por un libro que fue un acontecimiento en su época: *La democracia en América*, de Alexis de Tocqueville. Esto fue muy importante para la consolidación inicial del control de constitucionalidad.

Ciertamente, los magistrados que realmente iniciaron el control constitucional, entre 1911 y 1934, estuvieron inclinados a la jurisprudencia norteamericana, aunque no a la cultura del precedente jurisprudencial.

Esa época tuvo rasgos muy interesantes porque la jurisprudencia se vio ante un dilema: o se limitaba a hacer un proceso deductivo consistente en ver si la norma acusada se subsumía en la norma constitucional, o iba más allá y modulaba la decisión; optó en ocasiones excepcionales por lo segundo, con gran acierto. Sin embargo, no fue tan ágil en el manejo de los temas sustantivos porque se dejó enredar en el texto legal cuando definió la propiedad del subsuelo; consideró como principios comunes los propios del derechos civil (como si lo constitucional fuera lo excepcional); y fue reaccionaria en cuanto a la visión del orden público.

En ese entonces, muchas concepciones de la Corte Suprema coincidían con la visión del control que se tuvo en los Estados Unidos durante la “era tradicional” (1798-1890), signada por la famosa sentencia del juez Marshall de 1803. Tan notable fue la influencia norteamericana que en algunas sentencias se citaron fallos de la Corte Suprema Federal de dicha nación, como por ejemplo en la del 9 de febrero de 1919 y especialmente en la del 13 de noviembre de 1928, sin magistrado ponente conocido esta última, y que por su importancia será en esta investigación analizada someramente para presentar una remembranza del pensamiento jurídico de la época y de la forma tramposa como en ese fallo se invocó la jurisprudencia norteamericana.

Pero hay que insistir en lo siguiente: en el primer cuarto de siglo, la Corte Suprema fue liberal en lo procedimental.⁴ También fue muy dúctil, como ya se dijo, en cuanto a la modulación de los fallos; algo extraño en una sociedad timorata, acostumbrada a un formalismo excesivo. Hay varios ejemplos sobre sentencias que en su parte resolutive o son condicionadas o son explicativas, y en las que la Corte empleó la locución “en cuanto”. En la década de 1910 se pueden citar estas:

- a. Sentencia de 2 de agosto de 1912. Se declaran inexecutable unas normas “*en cuanto* comprendan a los propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido legalmente a perpetuidad la propiedad de sus minas,

⁴ Por ejemplo permitió que los extranjeros y los jueces instauraran acciones de inconstitucionalidad.

antes de la vigencia del Decreto No. 48 de 1905; en todo lo demás son exequibles dichos artículos”. En el mismo contexto la Sentencia de 22 de agosto de 1913.

- b. Sentencia de 21 de noviembre de 1912. Se declaran inexecutable unas normas *en cuanto* se refieren a lagos, lagunas, ciénagas y pantanos pertenecientes a la nación.
- c. Sentencia de 23 de junio de 1923. Se declaran inexecutable unos artículos de la Ley 4 de 1907, *en cuanto* a la aprobación de tarifas que no han sido pactadas con el gobierno.
- d. Sentencia de 3 de noviembre de 1915. Se declaran inexecutable unas normas *en cuanto* autorizan a los agentes del gobierno para registrar papeles privados de los individuos y de las entidades comerciales o industriales, compañías de seguro, etc., cuya inspección no está autorizada por leyes vigentes.
- e. Sentencia de 6 de junio de 1916. Se declaran inexecutable unas normas sobre rebajas de sueldos y pensiones *en cuanto* esos artículos comprenden las pensiones reconocidas a los militares.
- f. Particular importancia, respecto a modulación, tiene la Sentencia de 22 de marzo de 1919. Dice que *no es inexecutable* el Decreto 126 Bis de 1919, en cuanto autoriza a los recaudadores de las rentas públicas para recibir en pago de esas rentas los billetes emitidos en Inglaterra por el gobierno inglés o por el Banco de Inglaterra, representativos de libras esterlinas; *pero sí es inexecutable en cuanto* autoriza para recibir a la par con moneda nacional aquellos billetes, esto es, en cuanto fijó el tiempo legal a que pueden recibirse en las oficinas de recaudación de las rentas de los susodichos papeles.
- g. La famosa sentencia sobre petróleos, de 21 de noviembre de 1919, que se estudiará posteriormente, también empleó la locución “en cuanto” (con graves perjuicios para la nación y grandes beneficios para las compañías extranjeras).

Al margen de estar o no de acuerdo con las decisiones tomadas, lo que se quiere poner de presente es que hubo un manejo ágil del derecho, cuando todavía la sociedad era patriarcal. El olvido en que se ha colocado a la Corte

Suprema anterior a la del gobierno de López Pumarejo responde a la expresión del pensamiento que se implantó en el seno de la alta corporación de justicia en 1935: un rechazo a lo tradicional y la implantación de lo novedoso por los juristas de la nueva burguesía progresista.

Pasando a otro aspecto, es interesante anotar que mientras el control judicial constitucional estuvo en manos de la Corte Suprema de Justicia, tomando el tiempo transcurrido desde 1886 hasta 1991, se produjo una jurisprudencia variada respecto a los casos en los cuales la Corte consideró que no tenía competencia para conocer, mediante la acción de inconstitucionalidad. La enumeración es la siguiente:

- a. Cuando se acusan leyes aprobatorias de tratados públicos.
- b. Cuando se acusan leyes aprobatorias de contratos.
- c. Cuando hay sustracción de materia, bien sea porque la norma demandada se suspenda, se derogue o se incorpore en otra.
- d. Cuando la ley ha sido irregularmente sancionada.
- e. Por insubsistencia de la norma.
- f. Cuando se acusa el decreto que declara turbado el orden público (por algunas razones) o el que lo restablece.
- g. Hasta 1945 cuando se acusaba un decreto ejecutivo que le daba aplicación a una ley y no se demandaba esta (a partir de 1945 desapareció el problema porque adquirió competencia el Consejo de Estado).
- h. Desde 1912 hasta 1952 la Corte no conoció de demandas por vicios de forma de las leyes. En 1952, con ponencia del magistrado Cuervo Araoz, se modificó la jurisprudencia anterior, se admitió control constitucional por vicios de forma. Se retomó así un salvamento de voto a la Sentencia del 20 de abril de 1912, salvamento en el cual los magistrados Luis Eduardo Villegas y Ramón Navarro y Eusse exigieron que la Corte velara “por la integridad de la Constitución”, es decir, que estudiara también los posibles vicios de forma en la expedición de la ley. Este criterio que no se aceptó en su momento porque la consigna para la mayoría en aquel entonces fue restrictiva, de ahí que la acción prosperaría “solo en los casos de que la violación de un canon constitucional sea manifiesta”, como se lo expresó

al Congreso de la República, en 1916, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Juan N. Méndez.

Ese catálogo de incompatibilidades, en materia legal, paradójicamente, no fue fuerte en materia de examen a los prolegómenos de las reformas constitucionales, a la confección de estas últimas (que normativamente escapaban al control) o en el ejercicio mismo de las competencias, mediante revisión oficiosa.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en cuanto al procedimiento de la acción de inconstitucionalidad, es más o menos similar a la de la Corte Suprema de Justicia, sin llegar a las libertades que se tuvieron en la década de 1910 sobre sujeto activo de la acción.

En Colombia, antes de 1991, no fue abundante la producción de la jurisprudencia constitucional sobre “derechos humanos”, pero, curiosamente, existió cierto garantismo en cuanto a algunas conquistas laborales y de la seguridad social en pensiones. Después de 1991 hay riqueza de la jurisprudencia constitucional sobre “derechos humanos”, mientras que en materia legislativa hay desmantelamiento de las empresas estatales, desmonte de los subsidios, destrucción del derecho laboral proteccionista y de la seguridad social en pensiones, mercantilización sin precedentes de la salud, aumento de la pobreza y del desempleo, con fundamento en un neoliberalismo impuesto desde los centros del poder económico.

En estrecha relación con el punto anterior surge la inquietud de si propiamente existe o no un nuevo derecho. Se podría afirmar, mejor, que existen distintas posiciones políticas de cómo analizar, interpretar y aplicar el sistema jurídico dentro de una economía capitalista, y que todas esas corrientes hacen parte del mismo sistema: unas son absolutamente insensibles ante los problemas sociales, la pobreza y las desigualdades, y otras son sensibles ante esos problemas.

Paralelamente a la discusión política y económica, también se observa después de 1991 que hay juristas enfrascados en discusiones sobre formalismo y no formalismo, modular y no modular, test de razonabilidad y racionalidad, es decir en una discusión de métodos. La discusión se tendría que centrar en los problemas de contenido: si la justicia hoy es equitativa y justa o no, si la

justicia y su administración obedecen a un problema del ejercicio del poder político o no, si respetando las leyes económicas básicas (la ganancia, la plusvalía, el enriquecimiento individual, etc.), es posible tener una justicia realmente equitativa.

6.2.3. Los fallos de coyuntura impiden la visión sobre la jurisprudencia

En ocasiones, en ambas cortes, parecería que se deja de lado el método inductivo, en cuanto no se sigue el precedente, y el método deductivo, porque se desprecia la norma. Esto ha acontecido en decisiones que constituyeron sentencias de coyuntura, con profundo contenido político, que, curiosamente, trataron de explicarse con teorías aparentemente novedosas.

Existe un hilo conductor entre ellas, es el que se refiere *a la competencia material de la corte en el control judicial constitucional*. Bien sea porque la corte (Suprema o Constitucional) se abroga competencia que no tiene, o, porque teniéndola, esquiva pronunciarse. Se pueden citar las siguientes:

- a. La que legitimó el golpe de Estado del vicepresidente Marroquín, respecto de la cual se hará un información detallada en este mismo capítulo.
- b. La Sentencia de 28 de octubre de 1955, M.P.: Luis E. Cuervo, en la cual la Corte rechazó de plano una demanda contra los actos legislativos No. 1 de 1953 y No. 1 de 1954, expedidos por la Asamblea Nacional Constituyente de aquel entonces, con el argumento de que las normas constitucionales no podían ser anticonstitucionales, así la Asamblea Nacional Constituyente (convocada desde el gobierno de Laureano Gómez) no hubiera tenido fundamento en el texto constitucional.
- c. La sentencia pronunciada en el año de 1957 sobre los decretos 247 y 251 de 1957, que convocaron al plebiscito de 1957, durante la Junta Militar de Gobierno, que también se analizará extensamente en este capítulo. En esa sentencia, la Corte se inhibió de conocer, siendo que tenía competencia para decidir.
- d. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia, sin competencia alguna, declaró inexecutable las reformas constitucionales durante las presidencias

de López Michelsen y Turbay Ayala. En efecto, el 5 de mayo de 1978, con ponencia de José María Velasco Guerrero, se declaró inexecutable el Acto Legislativo No. 2 de 1977, que convocó a una asamblea constitucional, entre otros objetivos para desarrollar la jurisdicción constitucional. Dijo la Corte que ella era competente para conocer por vicios de formación de un acto legislativo y que el Congreso no podía subdelegar el poder de reforma de la Carta. A esa sentencia le salvaron el voto diez magistrados. Y, el 3 de noviembre de 1981, con ponencia de Fernando Uribe Restrepo y actuación de dieciséis conjuces, se declaró inconstitucional el Acto Legislativo No. 1 de 1979, que ya había principiado su vigencia y había establecido, por ejemplo, que solamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema decidiría sobre la acusación de leyes y decretos y objeciones presidenciales, mientras que la Sala Plena de la corporación decidiría sobre decretos legislativos (artículos 121 y 122 de la C.N.) y sobre actos legislativos.⁵

- e. Posteriormente, al estudiarse los decretos que dieron base a la Constitución de 1991, la Corte Suprema cambió los criterios que había tenido en 1978, y en 1991 viabilizó la convocatoria de la Constituyente y la séptima papeleta (Sentencia de 25 de mayo de 1990).
- f. También ofrecen contrastes las sentencias de la Corte Constitucional sobre el referendo y luego sobre reelección presidencial. Quienes demandaron el acto legislativo que estableció la reelección presidencial lo hicieron no tanto por estar en contra de la figura de la reelección, sino porque permitía al presidente prolongar su mandato más allá del tiempo para el cual había sido inicialmente electo. Se trató de demostrar que se había incurrido en ostensibles vicios de forma en la elaboración de la reforma constitucional. La Corte consideró que no se había incurrido en vicios, ni se había afectado la estructura de la Constitución. Su decisión dejó sorprendidos a quienes habían visto a una Corte Constitucional independiente, quizás imbuida por la ideología de la burguesía progresista (prueba de ello sus sentencias en tutela y en defensa de los derechos de libertad), pues ahora el mensaje que llegaba era el de una corporación que no había podido sacarle el cuerpo a la

⁵ La ponencia original, derrotada, contaba con la aceptación de todos los magistrados de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

ideología feudal, que no era lo que caracterizaba a la Corte Constitucional. Quedó la idea de que las encuestas jugaron algún papel en la decisión.

6.2.4. Conclusiones respecto a las sentencias de coyuntura

- a. Las decisiones de coyuntura son muy difíciles de analizar porque no se puede decir si son correctas o no, ya que escapan al contexto jurisprudencial, aunque pueden ser explicables desde la óptica política que se vivió en el instante de proferirse la respectiva decisión. Por consiguiente, se impide un análisis de líneas jurisprudenciales ya que son sentencias al margen del comportamiento habitual de las Cortes.
- b. Lo que surge de bulto es que la Constitución señala perentoriamente cuál es la competencia (antes de la Corte Suprema, ahora de la Corte Constitucional) y, en decisiones de constitucionalidad, de profundo contenido político, no se hace caso. Por eso, indicar en el texto de la Constitución cómo esta puede ser reformada o sobre qué no puede tener competencia la Corte para el control judicial constitucional, en determinados momentos coyunturales, es letra muerta.
- c. Lo curioso de esas sentencias es que algunas de ellas no fueron determinantes para variar el curso de la historia, prácticamente no legitimaron nada, sino que más bien fueron comportamientos oportunistas de los magistrados, como por ejemplo la que se refirió al plebiscito en 1957. Otras, por el contrario, sí han influido en el acontecer político y social del país, para bien o para mal, como las que dejaron sin piso las reformas constitucionales durante las presidencias de Alfonso López Michelsen y Julio César Turbay Ayala, y las que permitieron la reforma de 1991 y la reelección presidencial. No falta quien opine que estos fallos son pragmáticos.

Es necesario hacer referencia extensa a dos de tales decisiones, porque se ve clarísimo, en ellas, el deseo de acomodarse a situaciones políticas ocasionales.

6.2.4.1. El Acuerdo de 1900

En 1900 la Corte Suprema de Justicia se refirió al golpe de Estado del 31 de julio del mismo año, contra Manuel Antonio Sanclemente.

Sanclemente, que hacía parte de la fracción nacional de los conservadores, se había posesionado como presidente de la República el 3 de noviembre de 1900 ante la Corte Suprema de Justicia. No pudo hacerlo en el Congreso por las divisiones políticas. Le correspondió gobernar en una época turbulenta porque la Regeneración había entrado en crisis. El 18 de octubre de 1899 se había iniciado la Guerra de los Mil Días; aunque ya había ocurrido la batalla de Palonegro, con el triunfo del gobierno, el 25 de mayo de 1900; de todas maneras la contienda continuaba y a nivel de su propio partido el presidente Sanclemente contaba con la oposición de los “Históricos”, aunque por otro lado lo apoyaban Miguel Antonio Caro y Marco Fidel Suárez.

Entre los treinta y un conspiradores que estaban contra Sanclemente figuraban Carlos Martínez Silva, José Vicente Concha, Miguel Abadía Méndez, Guillermo Quintero Calderón, Jorge Moya Vásquez y Juan N. Méndez (quien años después sería presidente de la Corte Suprema de Justicia). El objetivo era derrocar al anciano presidente y darle el poder al vicepresidente Marroquín.⁶

La Corte Suprema declaró exequible un decreto proferido por el gobierno de don José Manuel Marroquín. Fue una decisión en la cual sin competencia y oficiosamente la Corte Suprema analizó un decreto cualquiera que le sirviera para sostener que Marroquín sí estaba desempeñando funciones de presidente de la República. En verdad, la decisión judicial no “legitimó” el golpe de Estado, lo refrendó porque ya se había producido por la fuerza de las armas. Continuaban haciéndose contactos, incluso a través de prelados de la Iglesia, para buscar soluciones amigables; pero la sentencia aspiró a reforzar la presunta legitimidad de quien dio el golpe.

En efecto, por Acuerdo 865 de 21 de septiembre de 1900, ponente Lucio Pombo,⁷ se declaró exequible el Decreto Legislativo 46 de 1900 sobre términos judiciales, dictado por el vicepresidente Marroquín. Como pronunciamiento político se puede considerar este Acuerdo No. 865 (así se denominaba en ese entonces a los fallos de inconstitucionalidad), que expresó: “La Corte Suprema de

⁶ Durante el gobierno de Marroquín continuó la Guerra de los Mil Días, se perdió Panamá y hubo ruina fiscal.

⁷ *Gaceta Judicial*, No. 711, pp. 257 y ss.

Justicia de la Nación declara que el Vicepresidente de la República, en virtud del título de que está investido, ha podido asumir, por derecho propio, el Poder Ejecutivo para ejercer las atribuciones de Presidente, y que, en consecuencia, el Decreto número 46, de 24 de Agosto último, es exequible”.

La Corte consideró que los altos poderes nacionales residen y ejercen sus funciones en la capital de la República, y que “sería absurdo y enteramente contrario al Derecho Público interpretar que las licencias que del Senado pueda obtener el Presidente de la República, ya para separarse temporalmente del ejercicio de sus funciones, ya para ejercerlas fuera de la capital, deban entenderse indefinidas y sujetas en su duración a la voluntad discrecional del agraciado, con perjuicio evidente de la buena marcha de la Administración”. Y continúa diciendo el fallo que la ausencia del presidente de la capital debe considerarse como falta que ha de ser llenada por el vicepresidente.⁸

El magistrado Casas Rojas fue mucho más allá en su crítica al señor Sanclemente, dijo por ejemplo: “Y un pueblo que mirara con indolente imbecilidad males tan extraordinarios, y no pensase en poner algún remedio a ellos, aunque de suyo la Constitución lo estuviese brindando, no merecería, ciertamente, suerte más feliz que la que nos ha tocado en la época que acaba de pasar”. Y en el tema constitucional hizo una consideración bastante audaz para la época, que sin embargo no fue recogida en el texto del fallo, sino de una aclaración. Dijo el doctor Casas Rojas: “La ley escrita nunca es completa: cuando ella es deficiente, como sucede a menudo, entra en su lugar la jurisprudencia, que es conjunto de sabios consejos y principios invariables, recogidos en el curso de los siglos. La propia conservación del individuo y la propia conservación de

⁸ El mismo señor Sanclemente, en comunicación de 5 de noviembre de 1900, aunque se refiere a la no competencia de la Corte para pronunciarse, centra su crítica a la decisión en el sentido de que él no necesitaba licencia del Senado para ejercer sus funciones fuera de la capital. Y don Carlos Sanclemente, en importante estudio sobre su abuelo Manuel Sanclemente, dice: “Dos nuevos hechos angustiaron por aquellos días al presidente Sanclemente: los términos de la circular del ministro Martínez Silva a los agentes diplomáticos en el exterior; y el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia en que se reconoció al gobierno de facto”. Y respecto a esto último, anota que a Sanclemente lo afectó mucho que el magistrado Abraham Fernández de Soto, su amigo, lo hubiera traicionado. Es decir, que el pronunciamiento de la Corte fue un episodio más, pero no fue determinante. Carlos Sanclemente, *El presidente Sanclemente*, Academia Colombiana de Historia, Bogotá.

la sociedad, particularmente en casos excepcionales, como en el de la presente época, son, antes que todo, asuntos de derecho natural”.

Contra el Acuerdo 865 de 1900 estuvo el magistrado Carmelo Arango. Según él, se trataba de aprobar los hechos políticos cumplidos en Bogotá, en la noche del 31 de julio del año 1900. Sostuvo que el presidente podía ejercer su cargo “dentro de los límites del Departamento de Cundinamarca, por derecho propio”, y puso de presente que la Corte no tenía facultad para declarar inconstitucionales las leyes y decretos; y que además el artículo 195 del Código de Organización Judicial le prohibía terminantemente ejercer atribuciones que expresa y claramente no le hubieran conferido la Constitución o las leyes; llamó la atención sobre el cambio de opinión por parte de los magistrados Luis M. Isaza y Abraham Fernández de Soto, que pasaron a hacer parte de la mayoría de la Corte, en la decisión tomada, no obstante que habían anunciado otra conducta. Según Arango, “el legítimo Presidente de la República ha sido desconocido por el Vicepresidente y por parte considerable del Ejército nacional, desde el 31 de julio del corriente año, lo que ha dado por resultado el establecimiento de un Gobierno de hecho, que en Cundinamarca se halla en posesión y ejercita los derechos de la soberanía”.

También salvó el voto el magistrado Otoniel Navas, quien igualmente puso de presente lo obvio en materia constitucional en aquel momento: “No hay disposición alguna constitucional o legal que faculte a la Corte para proferir la Resolución de que se trata”.

El magistrado Baltasar Botero Uribe protestó en los siguientes términos:

Jamás la Corte Suprema de Justicia, desde el tiempo de la Gran Colombia, en ninguna ocasión, ha dictado acto alguno en que se aprueben o imprueben gobiernos; estaba reservado a los Magistrados de la mayoría interrumpir, oficiosamente, esta noble tradición, en circunstancias las menos oportunas para el país. [Y agrega que] El Presidente de la República, Excmo. Sr. Sanclemente, sin preceder juicio ante el Senado, ni de otra especie, fue reducido a prisión en su residencia de Villeta el día tres de agosto, por orden del nuevo Gobierno y por medio de la fuerza pública de que este disponía. El hecho que

se ha consumado ha sido un movimiento político, y de ningún modo un acto legal. Ese carácter propio del hecho en referencia, explica por qué los mismos que lo han ejecutado no alegan, para justificarlo, la razón jurídica, sino la razón política, es decir, el interés o la conveniencia, según ellos la entienden, de un partido, la misma razón o móvil por el cual, a principios de noviembre de mil ochocientos noventa y ocho, intentó el mismo partido impedir, por coacción, que el Presidente electo, el mismo que ahora ha sido aprisionado, tomara posesión de su elevado cargo; violencia que se hubiera consumado si los mismos Magistrados que componen hoy esta Corte Suprema, exponiéndose al peligro que amenazaba, no hubieran hecho un acto de presencia, que salvó en ese momento solemne la tradición legítima del Poder público, y aseguró el imperio de la Constitución. Es bien lamentable que ahora se deje envolver en el torbellino político.

6.2.4.2. La “revolución” que según la Corte motivó el plebiscito de 1957

También es de coyuntura la sentencia de 1957 que permitió la convocatoria a un plebiscito. La Corporación se declaró inhibida para conocer de decretos de estado de sitio, sobre cuya constitucionalidad por competencia le correspondía calificar. La Corte Suprema fundó su negativa en un presunto Estado revolucionario que santificaría cualquier rompimiento de la Constitución.

Aconteció lo siguiente:

En el año de 1957, el ciudadano Pedro Nel Rueda Uribe demandó los decretos 247 y 251 de 1957, que convocaron al plebiscito de 1957, durante la Junta Militar de Gobierno.

Por escasa mayoría, el 28 de noviembre de 1957, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia se inhibió para conocer de la demanda porque en sentir de la Corte no estaban sujetos a ninguna clase de control, eran decretos calificados como constitucionales, y además respondían a una situación “revolucionaria”.⁹

⁹ Tres meses antes, mediante comunicado, los magistrados habían dicho que estaban sometidos a presión pero que no renunciaban.

Dijo la Corporación que la esencia de la revolución se hallaba en el rompimiento del orden jurídico preexistente, en el quebrantamiento de las normas institucionales en todo o en parte:

Así la revolución puede atentar contra la totalidad de la estructura jurídica del Estado, configurada en determinada constitución, o simplemente dirigirse contra su parte orgánica. Cualquiera de estas situaciones engendra el llamado derecho de la revolución, que se da aun cuando se trate de volver a las instituciones que se juzgan quebrantadas, porque si los hechos se hubieren encausado dentro de las normas anteriores, se quitaría todo sentido revolucionario al movimiento, ya que no habría perturbación del orden preexistente.

De ahí colige la Corte que: “El derecho a convocar al pueblo para que apruebe o impruebe la reforma no lo deriva propiamente de todas las normas consignadas en la Carta, sino del poder mismo de la revolución, del estado de necesidad en que esta se halla de hacer la reforma, y del ejercicio de la soberanía latente en el pueblo como voluntad constituyente, o sea lo que denominan los expositores, el momento del pueblo constituyente”.

Para la Corte los decretos acusados, provenientes de una Junta Militar de Gobierno,¹⁰ eran fruto de un movimiento revolucionario, y según la sentencia, las revoluciones podían dictar normas que escaparan al control constitucional. Los magistrados que salvaron el voto consideraron que no le era dable a la Corte hacer esas consideraciones, que los decretos no podían escapar al control constitucional y que no resistía el menor análisis histórico afirmar que se estaba dentro de un momento y un gobierno revolucionarios.

Así pues, los fallos de coyuntura, aunque sean muy publicitados en el momento de ser proferidos y gocen de impacto político, distorsionan cualquier investigación que se relacione con el precedente jurisprudencial. Por lo tanto, para efectos de búsqueda de líneas jurisprudenciales, la depuración obliga a

¹⁰ Designada por el mismo general Gustavo Rojas Pinilla, presidente de la República hasta el 10 de mayo de 1957, quien entregó a los cinco militares el gobierno a partir de tal fecha.

esquivar las sentencias de coyuntura. La conformación de un precedente debe concentrarse en aquellas *ratio decidendi* de las sentencias que sí permiten un análisis coherente, desde el punto de vista de la teoría del Estado y de la teoría constitucional.

Segunda parte
Itinerario jurisprudencial

1. Introducción a la Carta de los Derechos

Oscar José Dueñas Ruíz*

Johanna del Pilar Cortés Nieto**

Gloria Ortiz Delgado***

Se relacionarán aquellas sentencias, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema (Sala Plena), que permitan, mediante una observación detenida, señalar unos parámetros jurisprudenciales, construir un precedente.¹

Como ya ha sido planteado, los derechos humanos se confunden generalmente con los derechos fundamentales. Tanto unos como otros, o si se trata de los mismos, si se acepta la identificación, son actualmente cobijados por un constitucionalismo antropocéntrico, o, mejor un Estado de Bienestar que, en Colombia, se conoce como Estado Social de Derecho.

1.1. Estado Social de Derecho

La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como

* Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

** Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad de Colombia, profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

*** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, ex-magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

¹ Haciendo una similitud con el ajedrez se tendría que se habla de apertura, medio juego y final. Fue Alexander Alekhine, abogado, genio, campeón mundial, quien replanteó lo anterior y señaló que al inicio todo debe ser estrategia para dominar la mitad del tablero, y luego ya vendrán los planteamientos, las equivocaciones, los logros del adversario que obligan a adoptar tácticas variadas o replanteamientos no previstos. Adoptando tal similitud, se consideraría que la “apertura” es la defensa de los derechos humanos; para estratégicamente dominar el “medio campo” (el campo jurídico y político de los derechos a algo), y de ahí en adelante, con un buen acopio teórico, la táctica se orientará según las realidades que vayan surgiendo, es decir, la manera como las violaciones se vislumbren o vayan aconteciendo, para dar una respuesta práctica y jurídica adecuada hacia el cese de la violación o de la amenaza.

un Estado Social de Derecho, es de gran importancia en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia ha ameritado varios pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación,² no solo en el contexto internacional –del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente– sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma.

1.1.1. Dimensión cuantitativa y cualitativa del Estado Social de Derecho

El magistrado Ciro Angarita, de la Corte Constitucional, en la Sentencia T-406 de 1992 caracteriza al Estado Social de Derecho de una manera idealista. Ubica dentro del mismo contexto revoluciones agraria, proletaria, burguesa y conceptos cualitativos y cuantitativos del denominado Estado Social de Derecho. En dicha providencia se hacen las siguientes precisiones, que son permanentemente repetidas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

2. La incidencia del Estado Social de Derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: *cuantitativo* y *cualitativo*. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado Bienestar (*welfare State, Stato del Benessere, l'Etat Providence*) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El Estado Bienestar (*dimensión cuantitativa*) surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo

² Se destacan las sentencias T-006 de 1992 y T-406 de 1992, de los magistrados Eduardo Cifuentes y Ciro Angarita, respectivamente, ambos profesores en la Universidad de los Andes.

jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático (*dimensión cualitativa*) ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.⁵

3. Estos cambios han producido en el derecho no solo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: *pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos*. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho.

Más adelante expresa la Sentencia T-406 de 2002:

En síntesis, la Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación

⁵ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.

y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La Carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. 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.⁴

Aunque una de las bases de la organización social es el principio de la primacía de lo público sobre lo particular, en el Estado Social de Derecho el individuo tiende a recuperar su importancia como ser particular y, por ello, sus principios están dirigidos a mantener la dignidad en la existencia de cada persona, pues solo de ese modo se logra la finalidad del Estado: el bienestar de cada uno de los individuos.

1.1.2. Introducción de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales y, por ende, de los derechos humanos

En el artículo 86 de la Carta Política se asignó a los jueces de la República el conocimiento de la acción de tutela como un mecanismo procesal de protección y garantía constitucional directo, inmediato, autónomo, informal, preferente, sumario y subsidiario de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares, en los casos legalmente establecidos. Por su carácter subsidiario, a la tutela puede acudir, exclusivamente, cuando no existan otros medios de defensa judicial, excepto ante la eventualidad de un perjuicio irremediable que haga indispensable

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón.

una protección transitoria, o cuando la vía ordinaria no dé las garantías suficientes para proteger el derecho fundamental.

Según la Corte Constitucional, la connotación esencial e inherente respecto del titular de los derechos fundamentales determina que sean las personas naturales o jurídicas –estas solamente en ciertos casos– las únicas que se encuentran investidas de la potestad para ejercer la acción de tutela, por sí mismas o, excepcionalmente, por quien actúe en su nombre representante o agente oficioso de derechos ajenos, cuando quiera que el titular de no esté en condiciones de promover su propia defensa. La posibilidad de ejercicio de esta garantía constitucional se deriva entonces de la condición de sujeto de derechos y obligaciones, que se adquiere por la mera circunstancia de la existencia física y dado el derecho al reconocimiento de una personalidad jurídica (C.P., artículo 14). Además, “esa especie de subjetividad jurídica solo está vigente durante el transcurso de la respectiva vida o existencia jurídica de la respectiva persona”.⁵

1.2. El dilema del Estado de Bienestar

¿La caracterización de los derechos humanos como derechos universales y la inclusión de los DESC dentro de aquellos va de la mano con el desarrollo de los denominados Estados de Bienestar?

Para resolver esta pregunta hay que señalar, en primer lugar, que con o sin Estado de Bienestar se deben respetar los derechos humanos; pero también es necesario analizar qué es Estado de Bienestar y si actualmente tiene o no vigencia.

Según Castellanos y Porras, el Estado de Bienestar es “aquel en que el Estado asume el fomento del bienestar individual y colectivo y lo planifica, redistribuyendo beneficios procedentes de la gestión económica y dirigiéndolos al logro del bienestar de la sociedad”.⁶ Esta expansión del Estado como fuente central de la identidad colectiva y el individualismo como expresión de

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-249 de 1998, M.P.: Hernando Herrera Vergara.

⁶ José Luis Castellanos y Manuel Porras, *Servicios sociales para niños, adolescentes y jóvenes*. Conferencia en el Máster en Dirección y Gestión de Bienestar Social y Servicios Sociales, OISS y Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2006, p. 3.

la ideología burguesa, son dos aspectos claves en la sociedad moderna. Al respecto Gaitán Muñoz⁷ dice lo siguiente: “A partir del último tercio del siglo XIX y principios del XX los Estados-nación asumen de manera creciente funciones que se relacionan con la regulación de la vida económica y social y la sociedad admite la legitimidad de la intervención estatal para nivelar las desigualdades sociales, corregir los desequilibrios derivados de la desigual distribución de la riqueza y garantizar una vida digna a las personas, basada en principios de solidaridad y justicia social”.

La burguesía inteligente en Europa –también en la época de Roosevelt en Estados Unidos– comienza a elaborar un modelo de Estado de Bienestar como una estrategia del capitalismo para evitar su cuestionamiento, especialmente ante la amenaza del socialismo o el comunismo. Dos ejemplos ilustran este punto. En primer lugar, el informe que dio al parlamento alemán el “canciller de hierro”, Otto Bismarck, en 1881, en el que planteó un modelo de seguros sociales (especialmente sobre riesgos profesionales y luego las pensiones) para evitar, según sus palabras, que los obreros “cayeran en las garras del socialismo”; y en segundo lugar, el bombardeo de los nazis a Londres –noviembre de 1942–, que movió a Churchill a dar publicidad al *Informe Beveridge*, que propugnaba por la universalidad de la seguridad social y una enorme participación del erario público en algunos rubros de la seguridad social (pensiones, salud, protección a la maternidad, auxilio a los desempleados).

La seguridad social, y, en general, la cuestión social, muy pronto se convirtieron en la plataforma de muchos partidos políticos, especialmente de los de orientación social-demócrata. Fue, pudiera decirse, el resultado de pactos implícitos o explícitos entre capital/trabajo; la clase obrera no cuestionaba a fondo el sistema capitalista a cambio del reconocimiento, en el derecho y en la praxis, de una calidad de vida aceptable. A esto se le llamó Estado de Bienestar. Su consolidación se produjo en los países occidentales después de la Segunda Guerra Mundial, y tendría su época dorada en la década de los 60.

⁷ L. Gaitán Muñoz, *Bienestar de la infancia*. Conferencia en el Máster en Dirección y Gestión de Bienestar Social y Servicios Sociales, OISS y Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2006, p. 4.

El Estado de Bienestar es una receta capitalista para una mejor calidad de vida, y el considerar a los derechos sociales como derechos fundamentales exigibles mediante tutela es un factor legitimante de la función judicial. Para desarrollar este modelo se apunta en dos dimensiones: la política social y la política económica. En la política social se aspira a disminuir las desigualdades, y para ello se redistribuyen los bienes entre los colectivos o individuos que no pueden satisfacer de manera satisfactoria y por sí mismos algunas de sus necesidades: “Una política social moderna será aquella que ya no solo se plantea intervenir sobre las necesidades de déficit, sino también colabora por las necesidades de aspiración. Esa sería una política promotora y preventiva, una política de calidad de vida, en la perspectiva de las necesidades sentidas de Bradshaw”.⁸

1.2.1. Pilares del Estado de Bienestar

La protección social se distribuye por áreas o pilares, entre los que se pueden mencionar cuatro: la salud, la educación, las pensiones y los servicios sociales.⁹ Estos últimos contemplan políticas de inclusión, no de asistencialismo ni de beneficencia, que pretenden la máxima autonomía personal y luchan contra la dependencia. Como se aprecia, la mitad de esos sectores tienen que ver con los rubros de la seguridad social. Por ejemplo, en el caso europeo, el PIB destinado a la seguridad social oscila alrededor del 28%; también en buena parte de tales países los presupuestos nacionales destinan grandes rubros para dar respuesta a los derechos sociales, económicos y culturales de la población, y esta nueva versión implica necesariamente la conciencia del Estado de Bienestar.

⁸ Castellanos y Porras, *op. cit.*, p. 5.

⁹ Otra parte de la doctrina habla de seis sectores tradicionales del Estado de Bienestar: el mantenimiento de ingresos, que se refiere no solo al sostenimiento del valor del salario, sino a recibir una tasa de reemplazo (mesada) en caso de enfermedad o de jubilación; el cuidado de la salud con cobertura universal; auxilios para vivienda familiar; servicios educativos; la política de empleo y los servicios sociales.

1.2.2. Crisis del Estado de Bienestar

Gaitán Muñoz anota:

A mediados de los años 70 el Estado de Bienestar sufre su más fuerte crisis, que suele atribuirse a la situación económica derivada de la subida de precios del petróleo. Pero, sobre todo, en esta época empieza a debilitarse el consenso social original en el que se sustentaba el Estado de Bienestar y encuentran eco las críticas que le achacan, entre otras cosas, un coste excesivo, ineffectividad redistributiva (beneficia más a las clases medias que a las pobres) y una sobreregulación estatal que supone riesgos para la libertad y responsabilidad individuales, constituyendo una amenaza para la gestión democrática.

Para hacer frente a la situación aparecen las soluciones neoliberales (menos Estado y más mercado) aunque también las alternativas post-modernas (menos Estado y más participación ciudadana). Pero son las primeras las que se imponen, y en los años 80 y primeros 90 el Estado de Bienestar se ve seriamente afectado por la difusión y expansión de las ideas y políticas neoliberales.¹⁰

A lo anterior hay que agregar que la caída del Muro de Berlín, como símbolo del derrumbamiento de los gobiernos obreros en la Europa del Este, llevó la ilusión a los neoliberales de que el socialismo real había desaparecido, y, por consiguiente, también desaparecía la estrategia de tener a la seguridad social como dique que impediría el avance del comunismo. Eso explica en parte el relativo desmantelamiento de los beneficios prestacionales que se habían logrado, aunque el modelo neoliberal muy rápidamente observó que el dinero de los servicios sociales era dinero fresco y se lanzó a su captura para involucrarlo dentro de la economía de mercado, para lo cual el camino apropiado era el de las privatizaciones.

¹⁰ Gaitán Muñoz, *op. cit.*, p. 5.

La arremetida del modelo neoliberal no solo fue contra el socialismo, sino también contra el Estado de Bienestar, pero, como lo explica Gaitán Muñoz:

El liberalismo económico no ha solucionado los problemas desde el punto de vista del bienestar general y la intervención estatal ha continuado presente y, en muchos casos, precisamente para contener, remediar o hacer de colchón de las sucesivas crisis económicas, aumentando el gasto social y probando distintas fórmulas de ajuste. Entre estas se encuentran tanto políticas de carácter transversal e integral, orientadas a combatir la pobreza, como políticas focalizadas en sectores más deprimidos o vulnerables, o bien políticas de descentralización de los recursos de atención a través de entidades locales o de organizaciones sin fin de lucro, así como también estrategias de “empresarización” y de calidad en la gestión pública.¹¹

1.2.3. Tipos de Estado de Bienestar y su reflejo en la jurisprudencia constitucional colombiana

Gosta Esping-Andersen, en su libro *Los tres mundos del Estado del Bienestar*,¹² señala los que resume Gaitán Muñoz¹³ así:

- El modelo social-demócrata, universalista, [en el cual] la condición de ciudadano es la que hace acreedor de beneficios sociales garantizados por el Estado.
- El conservador, donde la vinculación con el sistema de protección viene principalmente de la integración del individuo en el mercado del trabajo y de la cotización a los seguros sociales.
- El modelo liberal, residual, que es el menos intervencionista; las desigualdades sociales se aceptan en tanto se alcancen unos niveles mínimos, solamente cuando las personas o los hogares caigan por debajo de esos niveles, obtendrán ayuda de la sociedad.

¹¹ *Ibid.*, p. 6.

¹² Gosta Esping-Andersen, *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Alfons el Magnanim, Valencia, 1993.

¹³ Gaitán Muñoz, *op. cit.*, p. 22.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional parece corroborar la existencia de esas tres vertientes. Por ejemplo, en las sentencias de tutela en materia de salud, la posición es social-demócrata (derechos para los ciudadanos); en materia de reconocimiento de pensiones es conservadora (según las cotizaciones); en salarios y en mesadas pensionales la tutela no prospera si no se afecta el mínimo vital (posición liberal).

Lo curioso es que la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia C-1064 de 2001, asegura que el Estado Social de Derecho no se identifica con el Estado de Bienestar.

1.2.4. ¿Se reestructura el Estado de Bienestar?

En el siglo XXI el proceso no es de desmantelamiento sino de reestructuración del Estado de Bienestar. Esto significa que los obstáculos económicos, ideológicos y políticos que se le pusieron al Estado de Bienestar por parte del modelo neoliberal hoy están en discusión, pero eso no significa que el modelo del bienestar no admita replanteamientos.

Para enfrentar las erosiones que le ocasionó el neoliberalismo al Estado de Bienestar y para superar el concepto asistencialista, en Europa no se dejan de lado los tres pilares clásicos del Estado de Bienestar, pero se agrega un nuevo pilar, el de los servicios sociales. No desaparece la presencia estatal, pero se fortifica la solidaridad de la sociedad civil (sin ánimo de lucro, especialmente las ONG), y se le dan competencias a las entidades locales, más cercanas al ciudadano. Se trata de recomponer la solidaridad familiar ante la debacle de la familia nuclear, a fin de que la familia sirva de “colchón” ante los riesgos; se precisan las funciones estatales ante el descalabro de las instituciones de beneficencia. Los servicios sociales son todo lo contrario del asistencialismo. Se trata de un derecho a programas como los siguientes: intervención con cuidadores y atención domiciliaria desde las administraciones públicas locales; centros de día para personas dependientes; estancias temporales; hogares de personas mayores; ayudas a domicilio; asistencia teledirigida; hospitales de día; atención sanitaria a domicilio; redes sociales; colaboración para disfrutar del derecho al descanso; preparación para la jubilación; la vejez como oportunidad; pisos tutelados; inclusión educativa para discapacitados; protección a despla-

zados, inmigrantes, minorías y discapacitados; y, como premisa fundamental, el conocimiento y respeto de los derechos fundamentales en lo referente a la seguridad social, y al mismo tiempo, presencia muy fuerte (ya no como derecho) de la sociedad civil a través del llamado voluntariado, basado en la solidaridad, gratuidad, humanismo, eticidad, sentido crítico, con organización grupal, propia financiación, independencia de los poderes públicos ante las carencias e insuficiencias del Estado de Bienestar.

2. Derechos económicos, sociales y culturales*

Oscar José Dueñas Ruíz**

Johanna del Pilar Cortés Nieto***

Edgar Ospina Duque****

Los DESC surgen de las luchas de los trabajadores por introducir garantías sociales en el marco del Estado liberal. Esta es la visión más generalizada entre la doctrina; sin embargo, existen sectores que sostienen que son la respuesta del Estado liberal –y de un modelo económico capitalista– ante las amenazas socialistas. Sus fundamentos se encuentran en los principios de solidaridad y de igualdad material.

Su reconocimiento en el contexto internacional comenzó con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que se reconocieron los derechos a la seguridad social, al trabajo, a la asociación sindical, a un nivel de vida adecuado, a la educación y a la cultura como derechos humanos. El catálogo de estos derechos fue ampliado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, en el cual se incluyeron derechos como el desarrollo de los pueblos; los derechos de subsistencia, que comprenden, entre otros, el derecho a la salud, a la seguridad social, al medio ambiente sano y a la alimentación; los derechos culturales y a la educación, y los derechos de algunas minorías y grupos vulnerables. También existen instrumentos importantes en la materia que han sido adoptados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, así como otras declaraciones puntuales

* Los autores agradecen la colaboración de Carmen Muñoz Ramírez, Andrés Felipe Figueroa Samper, Diana Moreno González y María José Amaya.

** Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

*** Abogada de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad de Columbia, profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

**** Abogado de la Universidad del Cauca, especialista en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre.

provenientes de las Naciones Unidas, como la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición, y los Principios de Cooperación Cultural Internacional.

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos, su primer reconocimiento se hizo en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual remite a las disposiciones pertinentes de la Carta de la Organización de Estados Americanos. Posteriormente, en el Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) se previó una protección específica de estos derechos y se establecieron algunos principios importantes en la materia.

En la actual Constitución Colombiana, desde el artículo 44 hasta el artículo 77, se reconoce y dispone la protección de los DESC, algo que no existía en las constituciones anteriores a 1991, lo cual ha permitido su exigibilidad a través de mecanismos como la acción de tutela.

2.1. Aspectos generales

2.1.1. Características

Los DESC son derechos que suponen la existencia previa del Estado y de una organización compleja orientada a la prestación de servicios y otras prestaciones públicas, a diferencia de los derechos de libertad que se predicen anteriores al Estado y que precisamente le dan origen para asegurar su protección y garantía. Por esta razón, y dado que suponen una decisión previa sobre el reparto de los recursos y las cargas sociales, y su satisfacción depende en gran medida del grado del desarrollo de las fuerzas productivas y del nivel de riqueza alcanzado por el conjunto social, su contenido es marcadamente histórico y variable.¹

Otro rasgo característico de los DESC es su contenido prevalentemente prestacional, por cuanto exigen del Estado un actuar positivo tendiente a pro-

¹ Luis Prieto Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad material". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid*, No. 22, septiembre - diciembre, 1995, p. 14.

porcionar bienes y servicios económicamente evaluables. Estas prestaciones “materiales” se diferencian de las jurídicas, que son comunes a todos los derechos; se trata de prestaciones que el individuo podría adquirir en el mercado si tuviera los recursos suficientes para ello.

Su contenido es prevalente y no totalmente prestacional, ya que (i) algunos de estos derechos carecen por naturaleza de todo contenido prestacional; (ii) otros demandan de las autoridades intervenciones que en estricto sentido no constituyen una prestación, como es el caso del derecho de huelga o la libertad sindical; (iii) algunos demandan la intervención de las autoridades, pero no por ello se convierten en prestacionales, v. gr. los que expresan restricciones a la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, como la limitación de la jornada, la exigencia de un salario mínimo o de un periodo de vacaciones anual.

A esto debe agregarse que el carácter prestacional no es exclusivo de los DESC, pues incluso los derechos civiles y políticos también requieren de prestaciones estatales para poder ser garantizados.

Algunos autores, como Prieto Sanchís, afirman que en el caso de los DESC, a diferencia de los derechos civiles y políticos que se predicán del hombre en abstracto, sus titulares son las personas en su específica situación social. En consecuencia, sostienen que los DESC no son universalmente predicables, pues dependen de las necesidades de cada persona y su formulación se hace para atender carencias y requerimientos derivados de la desigualdad existente.

Por ello, el mismo autor sostiene que a los DESC se les denomina derechos de igualdad –en sentido material–, ya que deben ser defendidos no ante cualquier discriminación normativa, sino que implican un régimen jurídico diferenciado en atención a una desigualdad de hecho que se pretende superar. Eso no quiere decir que la igualdad material no sea importante para garantizar los derechos de libertad; de hecho, sin igualdad material es imposible garantizar a todos el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Los DESC, entonces, son necesarios para la realización de los derechos civiles y políticos, anota el mencionado autor.

No obstante, a esta postura se oponen aquellos que aseguran que sí es posible identificar un contenido mínimo de estos derechos que los Estados están obligados a garantizar, y que, por tanto, es universalmente predicable.

De otro lado, los DESC, a diferencia de los derechos civiles y políticos que normalmente imponen obligaciones de abstención, exigen normas de organización que se interponen entre el derecho y la obligación. Debido a que ese entramado de organizaciones y desarrollos no es exigible, la exigibilidad de los DESC es aún más difícil, así como la determinación de los contenidos reclamables. Esto no impide que los DESC puedan ser catalogados como derechos fundamentales; implica solamente una mayor dificultad para la determinación de sus contenidos y su grados de satisfacción.

Finalmente, en los DESC predomina la dimensión objetiva del derecho más que la subjetiva, es decir, surgen como “despliegues o exigencias objetivas de la idea de Estado social, que solo más tarde y costosamente serán articulables en forma de derechos subjetivos”.² En otras palabras, los DESC más que imponer límites al Estado le determinan una forma de comportamiento que se logra mediante la previsión de planes y programas en normas objetivas.

2.1.2. Principio de progresividad

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana actual, existe un contenido mínimo de los DESC que el Estado Colombiano está en la obligación de garantizar con el máximo de recursos disponibles, esto no significa que allí se agote su contenido y la obligación del Estado. Ciertamente, de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDESC) y otros instrumentos internacionales, los Estados tienen la obligación de ampliar progresivamente los niveles de goce y ejercicio de los DESC.

Adicionalmente, una vez ha sido ampliado el nivel de satisfacción de uno de estos derechos, la libertad de su desarrollo por parte del Legislador y de las demás autoridades públicas se ve mermada, pues todo retroceso respecto de ese nivel se presume inconstitucional. Por tal razón, las medidas regresivas en materia de DESC están sometidas a un control de constitucionalidad estricto, y deben ser justificadas plenamente por las autoridades “por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos

² Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 20.

Económicos, Sociales y Culturales y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que se disponga”.³

Así las cosas, una vez el Legislador o las autoridades administrativas han ampliado el nivel de satisfacción de uno de estos derechos se encuentran limitadas para adoptar medidas regresivas. De adoptarse estas medidas se presumen inconstitucionales y deben ser justificadas plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que se disponga.

Sin embargo, la triste realidad en los países subdesarrollados, es que la mayor parte de los presupuestos no destinan el máximo de recursos disponibles para estas causas. Esto se aleja de los principios que sobre progresividad en materia social, económica y cultural señala el Protocolo de San Salvador.

2.1.3. Los derechos sociales, económicos y culturales deben respetarse en cualquier modelo

La desigualdad, la pobreza y la exclusión han aumentado en una sociedad que trató de destruir las redes de solidaridad, que privatizó las riquezas colectivas y los bienes públicos, que empequeñeció al Estado y que confunde la democracia con las encuestas y con actos rituales electorales. La solución a todos estos problemas le corresponde al pueblo, si profundiza en una verdadera democracia, en una igualdad que no sea la formal, en una atención a las personas en situación de dependencia, en una política de inclusión y, fundamentalmente, en un compromiso de la gente con la lucha por sus derechos; es una tarea de todos los ciudadanos. En este último aspecto juega un papel determinante el juez activo, defensor de los derechos humanos, plenamente convencido de que se deben respetar no solo la autonomía personal, la libertad y la igualdad, sino también, y, en grado sumo, los DESC. Es conveniente que ese juez, en su apostolado, cuente con respaldo jurisprudencial.

En el caso de Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido útil para ese efecto. Sin embargo, la labor investigativa no debe circunscribirse a dicha corporación. La Corte Suprema de Justicia, que en muchas ocasiones

³ Cfr. Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

ha tenido actitudes que merecen el máximo respeto, también se ha preocupado por estos derechos.⁴ Además, mientras con más años de lejanía se observe la jurisprudencia, más lejos se llega, el pasado se confunde con el presente y se torna enriquecedor. Es, en cierta forma, la teoría de la relatividad aplicada a la hermenéutica de segundo nivel.

2.2. Análisis de la jurisprudencia sobre derecho al trabajo

Se puede plantear, como hipótesis, que en materia de política social la visión conceptual de la jurisprudencia constitucional ha sido relativamente aceptable.⁵ El modelo neoliberal no tuvo presencia alguna cuando la jurisprudencia constitucional estuvo en manos de la Corte Suprema de Justicia, por la sencilla razón de que solamente vino a conocerse dicho modelo en Colombia a finales de la década de 1980. A partir de 1991 la Corte Constitucional, en ocasiones, ha coqueteado con dicho modelo, pero los juristas de profunda formación, bien sea por las encíclicas de la Iglesia, bien sea por una intuición social, bien sea por mantener las corrientes humanistas, bien sea por alguna influencia marxista, han impedido la apoteosis de la liberación de las leyes económicas. Por eso es prudente examinar sin prevención lo que han dicho la Corte Suprema y la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad.

2.2.1. La jurisprudencia sobre el derecho al trabajo anterior a 1991

En el tema del derecho al trabajo existe algo curioso: la jurisprudencia no caminó al mismo paso de la norma, antes de 1990, aunque tenía rasgos rescatables. Algunos ejemplos son:

- a. El 22 de junio de 1955, con ponencia del Dr. Estrada Monsalve, se habló del constitucionalismo social, el intervencionismo de Estado, los derechos individuales y de interés social. Al respecto la Corte Suprema indicó:

⁴ Pese a la desconfianza que los trabajadores le tienen a la Sala de Casación Laboral.

⁵ Últimamente la jurisprudencia habla de políticas públicas (sentencias T-025/04 y T-760/04). Este término no existe en la Constitución de 1991.

La reforma [de 1936] consistió principalmente en hablar del cumplimiento de *deberes sociales* en donde solo se había hablado de la protección de *derechos individuales*, y de *interés social* en donde únicamente se había hecho referencia al *interés o utilidad públicos*. Se pusieron a salvo los derechos recíprocos entre el individuo y el Estado mediante la imposición de los deberes correlativos, y se hizo la distinción a que alude Hauriou entre *Constitución política* y *Constitución social* a efecto de regular el ejercicio de las actividades privadas no ya solo frente al funcionamiento de las instituciones jurídicas, como lo había hecho el Constituyente de 1886, sino, además, frente a los fines sociales del Estado.

- b. El 24 de mayo de 1967, con ponencia del magistrado Aníbal Cardoso Gaitán,⁶ se declaró exequible el Decreto 2351 de 1965. La Corte Suprema ligó derecho laboral y tranquilidad social, y justificó el estado de sitio para expedir normas que favorecieran a la clase obrera. Dijo la Corte:

El carácter de las reformas que implica el Decreto 2351 pone de relieve que sus preceptos se hallan vinculados, en mayor grado, a la tranquilidad social del país, pues conciernen a un gran número de personas que prestan su concurso en la industria privada, a quienes desde luego interesa la vigencia de posiciones de carácter legal que consagran nuevas formas de relación entre los patronos y los asalariados.

- c. En la década de los 70 se protegió el derecho al trabajo y se declaró inexecutable la norma que permitía que un trabajador se comprometiera a no trabajar en determinada actividad, cláusula de no concurrencia. La Corte indicó:

⁶ Al doctor Cardoso Gaitán se lo puede criticar por ser el abogado de oficio del estado de sitio, por eso puede causar perplejidad que sus sentencias sobre temas laborales fueran siempre a favor de los derechos de los trabajadores. Contrariamente al comportamiento sobre derechos de libertad, en los temas sociales tuvo un compromiso humanista.

La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono, una vez concluido el contrato de trabajo, no produce efecto alguno. Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, en cuyo caso debe pactarse, por el período de abstención, una indemnización que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario.

Respecto al carácter social del trabajo se dijo:

El artículo 17 de la Constitución reconoce al trabajo carácter de obligación social, y con ello pone de manifiesto un imperativo de la especie humana, sometida a la necesidad del trabajo de sus miembros. Sin este la sociedad no se concibe. Pero la sujeción laboral no está configurada en el precepto 17 como una obligación propiamente dicha, de cumplimiento exigible, por carecer el Estado, en su organización actual, de medios idóneos para determinar individualmente los sujetos de este deber público y su contenido.

La Corte agregó:

Sin embargo, la obligación de trabajar, como postulado constitucional, se impone al Legislador. La ley, expresión jurídica subordinada a la Constitución, no puede contrariar ni disminuir la amplitud de ese mandato. Solo la Constitución misma está en capacidad de introducirle excepciones. Si una disposición legal restringe de cualquier manera la obligación del trabajo consagrada en la Carta, la contradice o infringe, ocasionando un vicio de inexecutableidad. Por ello –a efecto de inquirir si son compatibles entre sí– procede comparar la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo con el artículo 17 de la Carta; el cual, como se ha visto, establece una obligación en términos genéricos: hay en principio, obligación de trabajar a cargo de todas las personas en posibilidad de hacerlo, y el estatuto constitucional no consigna excepciones a esta regla ni faculta a la ley para fijarlas. La disposición acusada, en cambio, permite que un trabajador técnico (industrial o agrícola) se obligue a no trabajar en determinada actividad o a

no prestar sus servicios a los competidores del patrono, una vez concluido su contrato laboral, siempre que esa abstención dure menos de un año y se pacte una indemnización no inferior a la mitad del salario. Como salta a los ojos, por un lado se impone la necesidad de trabajar, por mandato constitucional (art. 17 C.N.); y de otro se respalda jurídicamente la obligación contraria de no trabajar, merced de la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo. Además si las autoridades reconocieran valor a este último precepto, faltarían al artículo 16 de la Constitución, que las instituye para “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Y otra discrepancia aparece entre la disposición acusada, que recorta la libertad del trabajo, y el artículo 39 de la Carta que, al consagrarla, apenas consiente que se la reglamente, por ministerio de la ley, no que esta la desconozca, así sea por breve o largo lapso y sin establecer diferencias entre trabajadores en general o asalariados especiales, que se clasifiquen como técnicos. Hay, pues, contradicción entre los textos cotejados. Ahora bien, cuando se enfrentan disposiciones incompatibles de Constitución y ley, aquellas privan sobre la segunda, la cual debe quedar sin efecto, por inexecutable. Esto pide la demanda que la Corte declare, y, a mérito de lo dicho; así debe resolverse.

Como se ponía sobre el tapete sobre “la fidelidad contractual”, la Corte indicó:

Pasando por alto las discrepancias que acaban de señalarse y cuyo análisis es esencial para decidir negocios de constitucionalidad, se arguye que la segunda parte del artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo tiende a dar eficacia al deber de fidelidad contractual que liga a trabajadores y patronos y, en particular, a impedir que aquellos divulguen secretos o procedimientos industriales o informaciones en general, de naturaleza reservada, cuyo conocimiento por terceros sea susceptible de acusar perjuicios al empleador. Nótese que el texto impugnado no alude a secretos industriales o al deber de reserva y ni siquiera a la necesidad de que las actividades prohibidas sean similares a las ejercidas por los patronos, como condiciones de aplicación; lo que priva de pertinencia a las razones que se glosan. Pero aún si se

admite que esa hipótesis de daño es verosímil, su correctivo adecuado no radicaría en desconocer una obligación constitucional. El derecho laboral consagra medidas enderezadas a precaver tales peligros durante el contrato (v. arts. 55, 56, 58-2.º, 62-A6.º, y 8.º, 250C, etc. C.S.T.), el Código Penal define actos de esa suerte como delitos y los sanciona (arts. 280 y 307), y las legislaciones civil y comercial permiten deducir responsabilidad pecuniaria por tales causas (v. señaladamente, arts. 75-6.º y 9.º, 76, etc. C. Com. Y Ley 155 de 1959, etc.). La declaración de inconstitucionalidad de la disposición acusada, no deja, pues, en desamparo, como se pretende, estos aspectos –de conveniencia, no de exequibilidad– relativos a la seguridad jurídica de las empresas. Por lo demás, si se estima imprescindible que una ley autorice ciertas obligaciones de no trabajar, lo conducente sería determinar esos casos de manera que, en lo posible, casen con las disposiciones del Código fundamental o modificar con sumo cuidado el artículo 17 de la Constitución; pero nunca legislar con violación del mismo. La defensa de la Carta no lo tolera.

- d. Con ponencia del magistrado José Gabriel de la Vega, manifestó la Corte Suprema de Justicia en fallo del 18 de julio de 1973:

La obligación de trabajar como postulado constitucional, se impone al legislador. La ley, expresión jurídica subordinada a la Constitución, no puede contrariar ni disminuir la amplitud de ese mandato, solo la Constitución misma está en capacidad de introducirle excepciones. Si una disposición legal restringe de cualquier manera la obligación del trabajo –consagrada en la Carta–, la contradice e infringe, ocasionando un vicio de inexequibilidad.⁷

- e. Aunque se trata de un salvamento de voto a una sentencia cuyo ponente fue el Dr. Luis Carlos SÁCHICA,⁸ es pertinente resaltarlo porque, además de

⁷ Ver Jaime Betancur Cuartas, *Jurisprudencia constitucional, 1969 a 1977*, tomo I, Librería del Profesional, Bogotá, 1978, p. 106.

⁸ Se trataba de la demanda contra el Decreto 80 de 1980, artículos 95 y 103, que limitaba a los maestros de tiempo completo el trabajo en otras instituciones luego de terminar su jornada y establecía sanciones. La Corte los declara exequibles, pero un grupo de magistrados salvan el

defender una tesis proteccionista del derecho al trabajo, después esa posición se convertiría en mayoritaria. Explicaban los disidentes:

En cuanto a la prohibición impuesta a los educadores de tiempo completo para trabajar en otras instituciones públicas o privadas de educación superior, más allá de un cincuenta por ciento adicional sobre el total de horas que dicten en tal condición, resulta indispensable hacer las siguientes observaciones:

a) A partir de la reforma constitucional de 1936, inspirada en los grandes principios sociales que barrieron el mundo y se constitucionalizaron a partir de la primera post-guerra universal, el trabajo se consagró en Colombia como una “obligación social”. La profundidad y transparencia de tal norma, ha llevado siempre a la Corte a manifestar sin equívoco alguno que toda norma que restrinja dicha obligación ocasiona un vicio de inexequibilidad. Esta inequívoca afirmación doctrinaria, que por supuesto, la Corte ha prohijado sistemáticamente, resultaría de suyo suficiente para concluir que la norma acusada vulnera claramente el artículo 17 de la Constitución, debiendo de contera declararse su inexequibilidad.

Ese salvamento cita instrumentos internacionales, algo que poco ocurría en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Por otra parte, so capa de velar por un derecho, no es dable el desconocimiento de otro de mayor envergadura. So pretexto de velar por la salud de los asociados, no se puede prohibir a estos toda actividad de promoción social, de perfeccionamiento y en general de realización individual. Quienes se han ocupado de la defensa de los derechos del hombre, han sido de antiguo especialmente cuidadosos en excluir este tipo de posibilidades. Así por ejemplo la IX enmienda del “Bill of Rights” de la Constitución de los Estados Unidos de América, dispone que:

voto en relación con el artículo 95, con la tesis opuesta. Los magistrados que salvan el voto son los siguientes: Manuel Gaona Cruz, Luis Enrique Romero Soto, Álvaro Luna Gómez, José María Esguerra Samper y Ricardo Medina Moyano.

“La inclusión de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de denegar o restringir otros derechos que se haya reservado el pueblo”.

2.2.2. Una jurisprudencia pedagógica y garantista en la Corte Constitucional

En la Sentencia C-055 de 1999,⁹ la Corte Constitucional, al definir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3.º parcial del Código Sustantivo del Trabajo, fijó *los principios mínimos fundamentales de carácter laboral*. Dice este fallo:

La Constitución del 91 introdujo una gran transformación en la concepción del trabajo al catalogarlo como un derecho y un deber de toda persona, que goza en sus distintas modalidades de la especial protección del Estado (art. 25 C.P.). Uno de los mecanismos instituidos para garantizarlo es indudablemente mediante la expedición de normas generales que, además de regular los aspectos relativos a la prestación individual de servicios, cualquiera que sea el ámbito en que ella se desarrolle, le aseguren al trabajador una vida digna. Con tal fin el Constituyente consagró una serie de “principios mínimos fundamentales” que configuran el “suelo axiológico” de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales tiene que sujetarse el Congreso en su actividad legislativa al igual que el aplicador o intérprete de las disposiciones de ese orden y la sociedad en general.

Tales principios son los que se enuncian a continuación:

- Igualdad de oportunidades para los trabajadores;
- Remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo;
- Estabilidad en el empleo;
- Irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;

⁹ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

- Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles;
- Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho;
- Primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
- Garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario;
- Protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Igualmente, se establece que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”, que “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”, y que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores...”

El Estado, como lo ha afirmado la Corte, está obligado a proteger y garantizar la vigencia de los principios mínimos fundamentales en todas las relaciones laborales oficiales o privadas; el Legislador debe dar eficacia a esos principios y a los derechos fundamentales en el ámbito jurídico; y el juez interpretar el derecho siempre a través de la óptica de tales garantías constitucionales.

2.3. Análisis de la jurisprudencia sobre seguridad social en su conjunto¹⁰

Los planteamientos jurisprudenciales sobre la seguridad social, globalizados, no individualmente considerados, como sería el caso de las pensiones, solamente aparecen en la jurisprudencia constitucional después de 1991.¹¹

¹⁰ Dentro de la extensa literatura que existe al respecto, es informativa la publicación sobre el Sistema de Seguridad Social de Hernando Torres Corredor (Universidad Nacional de Colombia, 2002).

¹¹ Aunque el artículo 48 de la C.P. habla de seguridad social en general, la Ley 100 de 1993 no contempla todos los rubros de ella.

El Proyecto de Código Iberoamericano de Seguridad Social indica cuáles son los rubros de esta: asistencia sanitaria, vejez, prestaciones por enfermedad, desempleo, riesgos profesionales, prestaciones familiares, maternidad, invalidez, muerte y supervivencia; y la novedad en el siglo XXI: los servicios sociales (en octubre de 2006 se aprobó en España la ley sobre situaciones de dependencia).

Varios de estos rubros son todavía tratados en Colombia como parte del derecho laboral, cuando corresponden a la moderna estructura de la seguridad social.

2.4. Análisis de la jurisprudencia sobre pensiones

Son innumerables los fallos proferidos, impulsados por demandas de inconstitucionalidad u objeciones presidenciales, desde antes de que el tema pensional ingresara a la Constitución. Se hará referencia solamente a aquellas sentencias que permiten observar el itinerario que ha tenido la jurisprudencia hacia la conformación de una línea garantista.

2.4.1. Precedentes remotos en la Corte Suprema de Justicia sobre el tema pensional

El tema de las pensiones estuvo en los primeros lugares de la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que la Constitución de 1886 y sus reformas no consagraron la seguridad social dentro del texto constitucional.

El primer fallo de constitucionalidad, después de expedida la Constitución de 1886, se profirió el 6 de julio de 1887, mediante el Acuerdo 45. Resolvió una objeción del gobierno contra un proyecto de ley que concedió una pensión a herederos de un sargento. Fue declarado inexecutable porque no era una prestación remuneratoria, al tenor de la Ley 50 de 1886, que se refería a las pensiones.¹²

Es necesario precisar que el numeral 5.º del artículo 78 de la Constitución de 1886 prohibía decretar pensiones, salvo que satisficieran créditos o derechos

¹² El 18 de septiembre de 1909, con ponencia de Juan N. Méndez, mediante Acuerdo No. 57 de 1909, se declara executable un proyecto de ley mediante el cual se honra la memoria de un ciudadano y se concede una pensión. El 15 de diciembre de 1909, con ponencia de Miguel Angulo, mediante Acuerdo 163 de 1909, se declara inexecutable un proyecto de ley sobre pensiones.

reconocidos. El objetivo era evitar que se continuara con una costumbre de prodigar “pensiones” sin derecho a ellas. Se entendió por la jurisprudencia de la Corte Suprema que *la Ley 50 de 1886* (que se refirió al tema pensional) *era una interpretación auténtica de la Constitución* respecto al numeral 5.º del artículo 78; por eso la jurisprudencia distinguió entre pensiones remuneratorias y pensiones gratuitas, pero ratificó las pensiones que había concedido antes de la expedición de la ley. Incluso, la Corte Suprema, por Acuerdo 57¹³ de 18 de septiembre de 1909, sobre una exequibilidad, reiteró el anterior concepto. Posteriormente, según la Ley 84 de 1890, la Corte Suprema tuvo competencia para reconocer pensiones.¹⁴ Ya con anterioridad tenía competencia para otorgar “recompensas” para los inválidos, las viudas y los huérfanos de quienes habían participado en las guerras de 1860 y 1884. A su vez, la Ley 93 de 1888 le atribuyó a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento en juicio sumario y en una sola instancia de las reclamaciones y recompensas militares.¹⁵ Como se aprecia, aunque la Constitución decía una cosa, mediante leyes (consideradas como interpretativas de la Carta Fundamental, aunque, realmente, el legislador no pudiera interpretar la Constitución) se eludió la prohibición. Quedó así la idea de que la Corte Suprema de Justicia era el escenario propicio para desarrollar el tema pensional.

2.4.2. Pensiones de militares y dificultad para la revisión

Es palpable en la jurisprudencia constitucional de principios del siglo XX la inclinación a proteger las pensiones de los militares de alto rango (aspecto que tenía su sustento en la Constitución, lo cual muestra el talante ideológico de la sociedad colombiana), mientras que las pensiones a civiles seguían ubicándose en la categoría de simples “gracias”; aunque, desde entonces, se aprecia

¹³ Se le daba la denominación de “acuerdo” a las providencias de la Corte Suprema sobre constitucionalidad.

¹⁴ La Ley 84 de 1890 permitía que la Corte Suprema de Justicia reconociera pensiones, y en solo seis meses del año 1894 se concedieron treinta pensiones.

¹⁵ Otras normas sobre pensiones fueron las Leyes 44 y 70 de 1888, de las cuales se dice que fueron abolidas por la Ley 149 de 1896. También fue muy importante, en aquel entonces, la Ley 37 de 1904.

una fuerte jurisprudencia que impide la revisión de las pensiones. Existen estos ejemplos que demuestran la anterior afirmación:

- a. El 9 de mayo 1916 (M.P.: M.J. Angarita) se tocó el tema de la rebaja de sueldos y pensiones. Sobre esto ya había habido sentencia previa,¹⁶ es decir, los artículos impugnados en esta oportunidad (artículos 4.º y 5.º de la Ley 87 de 1915) habían sido objetados por el presidente de la República cuando hacían parte del proyecto de ley, y la Corte los declaró exequibles, por tanto la constitucionalidad de esos artículos había quedado resuelta en un pronunciamiento anterior.¹⁷

La objeción presidencial se resolvió por el magistrado Augusto N. Samper, el 10 de diciembre de 1915, con la consideración de que las pensiones eran una gracia. Esto dijo la Corte en 1915 y lo reiteró en 1916:

Es evidente que las pensiones concedidas conforme a la legislación colombiana han tenido y tienen el carácter de gracia o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han hecho acreedoras a ellas, por servicios importantes. Nunca se ha creído que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación estricta de reconocer y pagar como parte civil [...] De otro lado, existen muchas pensiones decretadas directamente por la ley, sin que los agraciados hayan tenido que comprobar nada ni sujetarse a ninguna tramitación. Si, pues, las pensiones de que se viene tratando, no han sido asignadas en leyes civiles, sino por la Nación, como entidad de derecho público, en ejercicio de su soberanía, es evidente que no están comprendidas en la

¹⁶ El Presidente de la República objetó la primera vez estos artículos por cuanto violaban los derechos adquiridos de los pensionados, a la luz del artículo 31 de la Constitución Nacional (luego sería artículo 30). Las cámaras insistían en el proyecto, y la Corte Suprema resolvió el asunto en la decisión de 10 de diciembre de 1915.

¹⁷ El conflicto entre la primera y esta última decisión se hubiera presentado si en esta oportunidad, 9 de mayo 1916, la Corte hubiera dado su fallo en sentido contrario a la primera vez. En ese caso la primera decisión habría dejado de ser la definitiva (téngase en cuenta que ese proyecto de ley, inicialmente objetado, se convirtió en ley de la República).

disposición del artículo 31 de la Constitución¹⁸ y, por consiguiente, el Legislador que las concedió puede modificarlas cuando lo tenga a bien, como en el caso del proyecto que se contempla.

Fue una decisión muy apretada en la votación, pues cuatro de los magistrados: Pardo, Méndez, Pulido y Rodríguez, salvaron el voto ya que creían que la norma era inexecutable.

- b. El 6 de junio de 1916, ponente doctor Angarita, se declararon inexecutable los artículos de la Ley 87 de 1915, en cuanto rebajaron las pensiones reconocidas a militares. Consideró la Corte que se violaba el artículo 169 de la Constitución, que establecía que “los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley”. Se aprecia que se citó otro artículo de la Constitución, diferente al de los derechos adquiridos, para evitar así que a los militares se les disminuyera su pensión, mientras que respecto a otros funcionarios del Estado la Corte sí había permitido la disminución.
- c. El 27 de noviembre de 1936, ponente Pedro Gómez Naranjo, se consideró constitucional el decreto que redujo la pensión vitalicia que disfrutaban unos descendientes de los próceres de la Independencia. Por el contrario, se declaró inexecutable la revisión de juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares que permitía la Ley 21 de 1937. Para favorecer nuevamente a los militares, como ya se había hecho en 1916, dijo la Corte que respecto a pensiones decretadas por ley, mal podría suspenderlas, pues se derogaría un mandato legal; y si fueron decretadas por sentencias de la Corte (que tenía tal atribución), no podía el Legislador, sin quebrantar el espíritu de la separación de poderes, someter los pronunciamientos de la Corte a la revisión de otras dependencias.
- d. El 18 de octubre de 1937, ponente Alejo Rodríguez, nuevamente se protegieron los sueldos de retiro y pensiones militares.

¹⁸ El artículo 31 de la Constitución se refería a los derechos adquiridos, después sería el artículo 30.

Respecto a las recompensas, la Corte dijo que cuando el Estado hubiera otorgado estos beneficios y en ese otorgamiento hubiera existido un vicio, las acciones con que el Estado contaba eran las civiles ordinarias o aquellas de naturaleza penal preexistentes a la adquisición del beneficio, pero no la demanda de inconstitucionalidad; la Corte aprovechó para señalar requisitos formales a dicha demanda.¹⁹

2.4.3. La pensión considerada como una deuda de la Nación

En la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el tema de las pensiones casi siempre estuvo ligado a las pensiones de los empleados públicos, por eso se consideraba como una erogación del erario público. Vale la pena mencionar estos fallos:

- a. El 25 de octubre de 1918, ponente Gnecco Laborde, se declaró exequible el artículo 7.º de la Ley 80 de 1916, que suspendió el reconocimiento administrativo de pensiones. Para la Corte solamente se trataba de una suspensión temporal.

En cuanto a la presunta violación del artículo 203 de la Constitución, invocada en la demanda, la Corte señaló que para que el pago de una pensión se volviera una deuda para la Nación, se necesitaba que esa deuda ya hubiera estado reconocida, porque de lo contrario, y aunque se presentara una suspensión de ese reconocimiento por el Legislador, eso no constituiría una deuda que debiera pagar la Nación.

Salvó el voto Juan N. Méndez, quien dijo que el artículo 31 (luego sería artículo 30) era una protección a los derechos adquiridos, y esta protección no solo se debía entender en contra de las leyes que desconocieran el de-

¹⁹ En dicha sentencia la Corte dijo que la demanda de inconstitucionalidad debía contener tres puntos centrales: i. Transcripción literal de la norma demandada; ii. Señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideran infringidos; iii. Las razones por las cuales se cree que dichos textos quebrantan la Constitución. Estos requisitos garantizaban que no se hicieran acusaciones “vagas e imprecisas” sobre las normas que componían el ordenamiento jurídico.

recho, sino también contra aquellas que lesionaran o anularan el ejercicio del derecho.

- b. El 11 de diciembre de 1961, con ponencia de Enrique López de la Pava, se analizó la constitucionalidad de la acumulación de sueldo con pensión. Se consideró exequible esa acumulación, siempre y cuando no se superaran los \$1.200 mensuales de la época. La *ratio decidendi* fue la siguiente:

No se remite a duda que la pensión de jubilación, una vez reconocida, adquiere naturaleza jurídica de un crédito del jubilado contra la persona o entidad que la concede. Cuando es el Estado quien otorga, este atiende al pago cuando la obligación correlativa mediante el señalamiento y entrega de la cantidad que constituye su importe o contenido. Esta presentación pecuniaria que grava al tesoro público recibe en ciencia hacendaria el nombre de asignación. Con este vocablo genérico se designa en hacienda pública la cantidad de dinero que se fija y destina al pago de las prestaciones relacionadas con el servicio público oficial.

Siendo esto así, no puede menos de concluirse que dentro del vocablo “asignación” que emplea el artículo 64 de la Carta caben todas aquellas cantidades de dinero del tesoro público que son destinadas al pago de pensiones jubilatorias y en consecuencia la incompatibilidad que la misma norma consagra se extiende a esas pensiones cuando concurren con un sueldo o con otra asignación de origen o naturaleza similares. Esta es la razón en que se han inspirado las distintas y sucesivas disposiciones legales que prohíben acumulación de sueldo y pensión.

2.4.4. El tema de los derechos adquiridos en la Corte Suprema de Justicia

Ya anteriormente se hizo referencia a la línea jurisprudencial sobre derechos adquiridos y a la incidencia de estos respecto al derecho a la pensión. Se puede agregar lo siguiente:

El 12 de noviembre de 1937, con ponencia de Pedro A. Gómez Naranjo, la Corte enfrentó el tema de la retroactividad de la ley y dio unos pasos

muy cuidadosos, pero en últimas determinantes, respecto a la violación de derechos adquiridos, tanto en indemnizaciones como en pensiones.²⁰

La Corte solucionó el problema jurídico planteado, con la siguiente conclusión:

No hay para los patronos el derecho adquirido de que se habla para no pagar al empleado la indemnización, en caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato, porque jamás ha existido una ley que los exima de esta obligación, ni podría haberla, porque en ella se habría consagrado una injusticia notoria. En cambio; sí existen textos de la ley civil que en ciertos casos daban al empleado despedido el derecho de reclamar en la forma ordinaria indemnización por los perjuicios ocasionados. La Ley 10 no hizo otra cosa que fijar las normas para el ejercicio del derecho a la indemnización, siguiendo los dictados de la justicia social.

En el mismo fallo se da una definición de lo que es un derecho adquirido, según Fiore: “Derecho *perfecto*, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho [...] lo pasado que queda por fuera de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley, antes vigente”.

2.4.5. El gran salto en cuanto al respeto de los derechos adquiridos del pensionado

El 28 de febrero de 1946, con ponencia de Aníbal Cardoso Gaitán, se dio un giro de 180° en cuanto a las pensiones provenientes de la relación laboral. Se declaró inexecutable el artículo 9.º del Decreto 136 de 1932, que ponía límite a las mesadas pensionales, por considerar que se afectaban derechos adquiridos. Se habló de *status* del pensionado y se superó el concepto de otor-

²⁰ El doctor Manuel J. Angarita, al comentar las disposiciones de la Ley 153/87 dijo que leyes se referían al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido, es decir, la naturaleza de esas disposiciones era la retrospectividad.

gamiento gracioso de la pensión. La sentencia se refirió a las pensiones de los empleados públicos y señaló entre otros aspectos:

La pensión de retiro es una retribución pecuniaria pagada periódicamente, en principio hasta la muerte, a un agente público que ha llenado todas las condiciones legales y que se halla desinvertido de su función en razón de una decisión regular que lo ha declarado en retiro del servicio. La pensión no tiene carácter contractual, y su régimen jurídico es fijado por la ley y por los reglamentos. El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión. En tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha, por hallarse colocado en una situación jurídica individual. Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión adquirida. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificadas en detrimento suyo.

En cuanto al sueldo y la pensión eventual dijo la Corte que “son *status*, situaciones jurídicas objetivas, generales e impersonales, legales o reglamentarias”. Ambas instituciones tienen por objeto asegurar el buen funcionamiento del servicio público, es decir, no atienden únicamente al interés personal del funcionario público.

A la pregunta de si constituyen las pensiones derechos civiles, la Corte se aparta de la jurisprudencia anterior y señala:

Se ha dicho que por no haberse hecho mención especial dentro de las leyes de naturaleza civil a aquellas que autorizan el reconocimiento de las pensiones, estas últimas no tienen el carácter de leyes civiles, y que por lo mismo no dan nacimiento a derechos civiles. Sin embargo dentro del

Código Civil art. 1.º, permite estimar que las pensiones son bienes civiles de sus beneficiarios, porque los bienes de las personas son cosas corporales e incorpóreas, siendo estas últimas las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas. De los términos de las leyes que otorgan el derecho a pedir pensiones del Estado, se deduce la obligación correlativa de este a atender a su servicio y pago cuando quiera que el particular ha llenado los requisitos exigidos en las leyes, y siempre que la autoridad competente haya decretado la pensión.

No se ve el motivo para limitar el concepto de “leyes civiles” a lo proscrito por el artículo 1.º del C.C. ya que las leyes civiles son aquellas que conceden un derecho sustantivo de carácter privado, y ese reconocimiento puede hacerse por cualquiera de las disposiciones legales consignadas en diversos códigos.

En esta nueva etapa la Corte Suprema de Justicia fue garantista. La Corte dijo que las pensiones eran bienes de los particulares, derechos personales suyos, aunque hizo una distinción que hoy no es de recibo: que se deben solamente desde cuando se reclaman y siempre que las condiciones para merecerlas se hayan llenado.

2.4.6. Momento culminante de la jurisprudencia en pensiones: solidaridad e irrevocabilidad

En los primeros años del Frente Nacional, entre 1959 y 1968, no solo la jurisprudencia de la Sala Plena, sino curiosamente también la de la Sala de Casación Laboral, fueron respetuosas de los derechos de los pensionados.

- a. El 15 de diciembre de 1965, con ponencia del magistrado Luis Alberto Bravo, se avanzó mucho en cuanto al garantismo porque se habló del principio de solidaridad humana en el caso de las pensiones:

Aunque para otorgar [la prestación social] o determinar su cuantía deba tomarse en consideración el monto de la remuneración, o el tiempo de servicio, no deriva naturalmente de este ni es un suplemento de aquella, sino que se funda en *un principio de solidaridad humana* según el cual debe

garantizarse el bienestar de los trabajadores de toda clase, no solo cuando están en plena capacidad de lucrarse de su labor sino también cuando un evento infortunado interrumpe, disminuye o suprime su capacidad.

- b. El 15 de marzo de 1968, ponente Luis Carlos Zambrano, se decidió sobre la irrevocabilidad de las pensiones jubilatorias, e inclusive las remuneratorias y las graciosas ya causadas. Quien reúna los requisitos tiene un derecho perfecto, dijo la Corte.

La sentencia analizaba el caso de las pensiones de los ex presidentes de la República. Consideraba que no tenían el carácter de jubilatorias, pero de todas maneras les reconocía el carácter de situación jurídica creada que no se puede poner en tela de juicio frente a una nueva normatividad, por lo cual esta última no podría imponer, por ejemplo, condiciones distintas de edad y de servicio y obligar al pensionado a que volviera a su empleo para llenarlas. En este fallo se hizo el planteamiento del estatus de jubilado:

No es impertinente agregar que las pensiones jubilatorias, al igual que las remuneraciones y las graciosas ya causadas, son irrevocables. Dondequiera que la ley ha consagrado la jubilación o la pensión en favor de los trabajadores o empleados que cumplan determinado tiempos de servicios, lleguen a cierta edad o reúnan especiales condiciones, se acepta unánimemente que al concurrir esos requisitos surge un derecho perfecto al beneficiario. Entonces el status de jubilado o pensionado, vale decir, el derecho a percibir la pensión en las condiciones contempladas por la ley bajo cuyo imperio se llenaron tales requisitos, no podrá ser desconocido por la nueva ley.

Los doctrinantes de la materia por eso han distinguido entre la vocación jubilatoria y el derecho a la jubilación, o, lo que tiene igual significado, entre la simple expectativa de derecho y el derecho adquirido. En el primer caso por no haberse cumplido o reunido las condiciones que la ley exige para gozar del beneficio, habrá una mera expectativa de derecho cuyos fundamentos la nueva ley puede libremente modificar para el porvenir. En el segundo evento –el de la jubilación ya causada–, una vez cumplidos

todos los presupuestos o condiciones del precepto que establece el beneficio jubilatorio, su titular adquiere un derecho perfecto para disfrutarlo.

Se ha visto que la pensión especial de los ex presidentes no es jubilatoria, ni proviene de una situación jurídica contractual. Pero la circunstancia de que el régimen pensional tenga ese carácter, no implica que las condiciones de establecimiento de la situación jurídica así creada, dejen de constituir un derecho irrevocable en todo lo tocante a los efectos ya producidos, los cuales quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley nueva. Esa situación jurídica nacida al amparo de la ley entonces vigente, no se puede poner en tela de juicio frente a una nueva normación, por lo cual esta última no podría –como lo puntualiza el tratadista Ramírez Gronda– imponer, por ejemplo, condiciones distintas de edad y de servicio y obligar al pensionado a que volviera a su empleo para llenarlas.

Como se aprecia en los anteriores fallos proferidos por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, los temas sobre pensiones nunca han sido extraños a la jurisprudencia constitucional y el avance jurisprudencial es palpable. En ese momento culminante de la jurisprudencia en el tema de pensiones, sin que se hablara del Estado Social de Derecho, se le daba tácitamente a la seguridad social una connotación fundamental; esa era la línea que se abría y fácilmente hubiera podido ser proyectada con más entusiasmo después de expedida la Constitución de 1991. Desafortunadamente, la Corte Constitucional, en las sentencias de constitucionalidad, desestimó las jurisprudencias que se acababan de señalar y solo las tuvo en cuenta en los fallos de tutela, de ahí que en la Sentencia C-408 de 1994, sin salvamento de voto, hubiera dicho que la seguridad social no es un derecho fundamental.

2.4.7. Jurisprudencia de la Corte Constitucional, dos grupos de fallos

La expedición de la Ley 100 de 1993 hace parte de lo que se conoce como “reforma refundación”, es decir, una modificación sustancial al sistema pensional que venía operando. Se estableció en Colombia, al igual que en el Perú, un curioso sistema paralelo, en el cual la persona puede escoger entre un

régimen público o de prima media con prestación definida (la mesada pensional está en relación con el salario) y un régimen privado de ahorro individual (la mesada o tasa de reemplazo dependerá del ahorro del cotizante).

Esta situación y los atropellos que se han cometido contra los pensionados han dado lugar a miles de *acciones de tutela* y a una jurisprudencia garantista de la Corte Constitucional.

En cuanto a las *acciones de inconstitucionalidad*, también son numerosas, no solo respecto a la Ley 100 de 1993, sino sobre las normas que posteriormente la han modificado. Estas leyes posteriores, que no afectan la estructura de la Ley 100, en la teoría de la seguridad social en pensiones se denominan reformas de tercera generación, o sea, reformas de adecuación de la reforma refundación.

Las sentencias de constitucionalidad, en cuanto a aspectos puntuales, también son garantistas. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional referente a la estructura actual de la seguridad social es conservadora de la norma. Esto se aprecia en las inhibiciones para estudiar el Acto Legislativo No. 1 de 2005 y, especialmente, en la Sentencia C-408 de 1993, que declaró constitucional la Ley 100 de 1993, posición que ha sido reiterada porque en las decenas de demandas sobre la Ley 797 de 2003 la Corte nunca ha variado su posición de que no se requiere ley estatutaria, propia de los derechos fundamentales; luego la Corte considera constitucional que se reglamente la seguridad social mediante simple ley ordinaria.²¹

Importa examinar otras sentencias, que se pueden agrupar así:

- a. Aspectos puntuales del tema pensional, que van a estar orientados por las nuevas características del sistema y, por consiguiente, es muy poco lo que se recoge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.
- b. Ligamen jurisprudencial entre los derechos adquiridos y el derecho a la pensión. En este aspecto existe una indudable influencia de la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema de Justicia.

²¹ La Sentencia T-760 de 2008 reconoció que la salud es un derecho fundamental, pero esto no se ha visto reflejado en sentencias de constitucionalidad.

Se plantearán, en primer lugar, los siguientes aspectos precisos:

2.4.7.1. Régimen de transición

El régimen de transición, establecido especialmente en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ha sido demandado en numerosas oportunidades, pero mantiene su vigencia (ver C-410/94, C-027/95, C-126/95, C-058/98, C-146/98). La Sentencia C-596 de 1997 dice lo siguiente:

El régimen de transición es un beneficio que la ley expresamente reconoce a los trabajadores del régimen de prima media con prestación definida que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 o más, si se trataba de hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando, en ambos supuestos, estuviera vigente la relación laboral. Dicho beneficio consiste en el derecho a acceder a la pensión de vejez o de jubilación, con el cumplimiento de los requisitos relativos a edad y tiempo de servicio o semanas de cotización que se exigían en el régimen pensional al que estuvieran afiliados en el momento de entrar a regir la ley mencionada. Por lo tanto estas condiciones y las relativas al monto mismo de la pensión, no se rigen por la nueva ley [la Ley 100 de 1993], sino por las disposiciones que regulaban el régimen pensional al cual se encontraban afiliados en el momento de entrar a regir dicha ley. Las demás condiciones y requisitos, distintos de los mencionados, si se rigen por la referida Ley 100.

De lo dicho se desprende que para ser beneficiario del régimen de transición es necesario estar en uno de los siguientes supuestos: Primero: haber tenido 35 o más años, si se es mujer, o 40 o más, si se es hombre, en el momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y haber estado, en ese momento, afiliado a un régimen pensional; Segundo: tener, en el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100, 15 o más años de servicio cotizados, y estar afiliado, también en ese momento, a un régimen pensional.

En conclusión, aquellos servidores públicos que tenían en el momento de entrar en vigencia la nueva ley las edades mencionadas, se jubilarán a

los 55 o 60 años de edad, según se trate de mujeres o de hombres, respectivamente; y el tiempo de servicio que como servidores públicos hayan trabajado en cualquier tiempo, siempre se les tendrá en cuenta. Pero si al momento de entrar a regir la nueva ley no estaban afiliados a un sistema pensional, por estar desempleados, caso que proponen los demandantes, perderán el beneficio consistente en pensionarse según los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto de la pensión correspondientes al régimen al que alguna vez estuvieron afiliados.

La parte final de lo transcrito hoy está revaluada porque se ha aclarado (en sentencias de tutela) que no se puede confundir entre estar afiliado a la seguridad social en pensiones (la afiliación se produce desde la primera aportación) y el estar ubicado en alza (ser cotizante actual) o en baja (no ser cotizante en la actualidad).

2.4.7.2. Regímenes especiales

En cuanto a los regímenes especiales son también numerosos los fallos; el problema que se ha planteado es si la distinción establecida afecta o no el derecho a la igualdad.²² La Corte Constitucional ha considerado que los regímenes especiales son constitucionales, la *ratio decidendi* para tal apreciación se simplifica en la Sentencia C-608 de 1999, que indicó:

Ha sostenido esta Corte que el Legislador, mientras no desconozca postulados o disposiciones constitucionales, goza de atribuciones suficientes para estructurar regímenes generales y especiales en materia salarial y prestacional (cfr. por ejemplo, la Sentencia C-129 del 1 de abril de 1998. M.P.: Dr. José Gregorio Hernández Galindo). Y puede, por supuesto, sin estar impedido para hacerlo puesto que la misma Constitución Política se lo confía, prever las reglas generales de su propio régimen (art. 150,

²² Los regímenes especiales son de la naturaleza de las pensiones porque estas se dirigen a colectivos que en muchas ocasiones tienen sus propias especificidades. Existen en casi todos los países del mundo.

numeral 19, literal e), C.P.), siempre que no invada la órbita concreta que al Gobierno corresponde.

Desafortunadamente, el Acto Legislativo No. 1 de 2005 ha señalado que a partir del 31 de julio de 2010 prácticamente desaparecen los regímenes especiales, exceptuados y especiales, lo cual planteará innumerables problemas que la jurisprudencia tendrá que resolver, especialmente mediante fallos de tutela.

2.4.7.3. Bonos pensionales

El sistema de los bonos no es inconstitucional, según la Sentencia C-177 de 1998. En la parte resolutive de dicha sentencia se le dio una gran importancia al derecho de quien tiene el estatus de jubilado, por eso la constitucionalidad fue *condicionada* y se determinó:

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

Se transcribe, en forma excepcional, una parte resolutive, porque sobra acudir a la motivación.²³

2.4.7.4. Sentencias sobre la Ley 797 de 2003

Son numerosos los fallos dictados por acusaciones que se le han formulado a la Ley 797 de 2003. Particular importancia tienen los siguientes:

- a. Sentencia C-835 de 2003, con ponencia del magistrado Araújo Rentería, sobre la exequibilidad condicional del artículo 19 de dicha ley. La *ratio decidendi* de la sentencia consiste en que la excepcional revisión de una pensión se debe adelantar respetando el debido proceso, solamente puede darse en el evento de cometerse un delito de falsedad, excluye aspectos de interpretación jurídica y, además, la propia culpa de la entidad que reconoció la pensión no puede ser motivo de revocatoria directa, ya que “*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*”.
- b. Sentencia C-1037 de 2003. Se refiere a la terminación de la relación laboral cuando el trabajador cumple los requisitos para pensión. Allí se indicó que, además de la notificación del reconocimiento de la pensión, debe existir la notificación de la inclusión en nómina del pensionado correspondiente. Es decir que se debe contar con la aceptación del trabajador, así se colige de la Ley 100 de 1993 y de la Ley 33 de 1985.²⁴ Sin embargo, existe el

²³ En similar sentido se pronuncia la Sentencia C-506 de 2001, y en la C-262 de 2001, M.P.: Jaime Araújo Rentería. Se tomaron las siguientes determinaciones en relación con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, referente a bonos pensionales: “Segundo: Declarar exequible la primera parte demandada del inciso cuarto, que prescribe: ‘Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del ISS, actualizados con el DTF pensional’, únicamente por los cargos analizados en esta sentencia y de acuerdo con la interpretación hecha por la Corte en la parte motiva...”

²⁴ El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en 1996 (ponente César Hoyos Salazar) dijo que no se puede retirar al empleado público que satisface las exigencias para gozar de pensión de jubilación mientras no cumpla sesenta y cinco años de edad.

derecho adquirido a permanecer en el trabajo por lo menos cinco años más a continuación de cumplir con los requisitos para pensión. El objetivo es mejorar la tasa de reemplazo o mesada (parágrafo 3.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993). La Corte Constitucional, Sentencia C-107 de 2002, dijo en su parte resolutive que esa permanencia por cinco años es una garantía especial de estabilidad. Por consiguiente, se debe respetar dicho plazo adicional de cinco años. Por supuesto que, si se llega a la edad del retiro forzoso a los sesenta y cinco años (se supone que en la mayor parte de los casos ahí se completan los cinco años adicionales para mejorar la pensión), entonces no se puede esquivar el retiro.

c. Sentencia 1035 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, que decidió:

Primero: declarar exequible, únicamente por los cargos analizados, la expresión “En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo” contenida en el literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente, y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Segundo: inhibirse de fallar respecto de la expresión “no existe convivencia simultánea y” contenida en el tercer párrafo del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Tal determinación, garantista y equitativa, tuvo, entre muchos argumentos, el siguiente:

9.3. Desde sus primeros fallos, la Corte reconoció que la pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y que constituye para sus beneficiarios un derecho funda-

mental.²⁵ Lo anterior, “por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esencial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada”.²⁶

[...]

En el mismo sentido, la Sentencia C-1255 de 2001²⁷ señaló que la pensión de sobrevivientes es una de las prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones (Libro I de la Ley 100 de 1993), que tiene por finalidad proteger a la familia del trabajador de las contingencias generadas por su muerte. Esta sentencia citó el criterio de la Corte Suprema, según el cual el pago de la pensión de sobrevivientes tiene como finalidad evitar “que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección”²⁸.

[...]

Como se puede observar de la aplicación de la disposición, el propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.²⁹ 9.7. Por su parte, esta Corte ha desarrollado una serie de principios que definen el contenido constitucional de la pensión de sobrevivientes como prestación asistencial:

1. *Principio de estabilidad económica y social para los allegados del causante:* Desde esta perspectiva, ha dicho la Corte que “la sustitución pensional responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al

²⁵ El carácter de derecho fundamental ha sido sostenido en las sentencias T-553 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, y T-827 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

²⁶ Sentencia T-173 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ M.P.: Rodrigo Uprimny Yepes.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 2 de noviembre de 1981, *Gaceta Judicial* No. 2406, p. 518.

²⁹ Sentencia C-1176 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido ver C-1094 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”.³⁰ Por ello la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades.³¹

2. Principio de reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados:

En el mismo sentido, la Corte ha concluido que la sustitución pensional busca impedir que sobrevinida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el otro se vea obligado a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales, por lo cual “el factor determinante para establecer qué persona tiene derecho a la sustitución pensional en casos de conflicto entre el cónyuge supérstite y la compañera o compañero permanente es el compromiso de apoyo afectivo y de comprensión mutua existente entre la pareja al momento de la muerte de uno de sus integrantes”.³²

3. Principio material para la definición del beneficiario: En la Sentencia C-389 de 1996³³ esta Corporación concluyó que:

“[...] la legislación colombiana acoge un criterio material –esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte– como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido”.

9.7. Con base en todo lo anterior, y teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, para la Corte, las disposiciones destinadas a regular los

³⁰ Sentencia C-002 de 1999, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

³¹ Sentencia C-080 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

³² Sentencia T-190 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver sentencias T-553 de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo y C-617 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

³³ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a esta, dada su especial dimensión constitucional.

Esta posición se enmarca dentro de la jurisprudencia que la Corte ha desarrollado en la tutela.

2.4.8. Otras sentencias garantistas sobre derechos adquiridos y pensiones

Ya se había hecho referencia a la evolución jurisprudencial de los derechos adquiridos y su incidencia en el tema pensional. La Corte Constitucional recoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, anteriormente mencionada, y la fortifica, especialmente en el año 2004 y en las sentencias de los magistrados Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Existe el derecho adquirido al régimen de transición, ha dicho la Corte Constitucional en la Sentencia C-754 de 2004. En dicha sentencia se citaron como precedentes los fallos: C-534 de 2001, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-169 de 2003 y T-625 de 2004, que hablan de que una vez entre en vigencia la norma que establece el régimen de transición, las personas que reúnen los requisitos para adquirirlo consolidan una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. Por lo tanto, no se pueden variar los requisitos reconocidos en un régimen de transición. Precisa el fallo:

... si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo. Tampoco tuvo en cuenta [la norma acusada] que una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos por el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar.

En consecuencia, la transición viabiliza la continuación de regímenes especiales, teniendo en cuenta, claro está, lo establecido en el Acto Legislativo No. 1 de 2005.³⁴

Consecuencias de los derechos adquiridos son *lo intangible* y *lo inmodificable*. La Sentencia C-314 de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, en alguno de sus apartes indica: “Lo que como primera medida debe recordarse es que los derechos adquiridos tienen rango constitucional, razón por la cual ninguna disposición normativa de inferior categoría puede contener orden alguna que implique su desconocimiento”.

La citada sentencia y la C-349 de 2004 abogan por una visión no restringida de los derechos adquiridos. Mantienen la orientación casi inalterable que han tenido la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional sobre esta materia, en fallos de constitucionalidad.

2.4.9. Mesada catorce

A continuación de la sentencia que le dio vía libre a la Ley 100 de 1993 (la C-408 de 1993) se dictó la Sentencia C-409 de 1994, que amplió la proyección de la denominada “mesada catorce”. Esta jurisprudencia perdería importancia porque mediante Acto Legislativo No. 1 de 2005 se reformó la Constitución y dentro de las modificaciones aprobadas está la restricción al derecho a la denominada mesada catorce. El problema jurídico y el análisis de la Corte fue el siguiente:

La Ley 100 de 1993 consagra la mesada adicional de junio en el artículo 142 acusado, en el cual se dispone que los pensionados “cuyas pensiones

³⁴ Normativamente también es relevante el artículo 1.º de la Ley 4 de 1992, que le dice al Gobierno que fije el régimen salarial y *prestacional* de los empleados públicos, y el artículo 2.º de dicha Ley 4.^a de 1992 perentoriamente establece:

“Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el gobierno nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales”.

se hubieren causado y reconocido antes del 1 de enero de 1988”, tendrán derecho al pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancelará con la mesada del mes de 30 de junio de cada año, a partir de 1994, sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual. Asimismo, se estableció que los pensionados por vejez del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el Decreto 2108 de 1992, recibirán dicha mesada adicional sólo a partir de junio de 1996. Por su parte, la Ley 100 de 1993 mantiene la mesada adicional de diciembre, que fue creada con la Ley 4 de 1976 y se aplica a todos los pensionados sin discriminación alguna. Además, se limitaba por cuanto existía la frase: “cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del primero (1.º) de enero de 1988”, consignada en el inciso 1.º del artículo 142; eso circunscribía la mesada adicional a los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de los Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que hubieren obtenido el reconocimiento y pago de su pensión antes de la mencionada fecha.

La Corte Constitucional extendió la mesada catorce a todos los pensionados, y para ello se remitió a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 11 de 1988, en la cual afirmó: “La desvalorización de la moneda es un fenómeno constante y progresivo que conlleva la pérdida del poder adquisitivo del salario. Esta situación obedece a la inflación definida”.

Y, de su propia cosecha, la Corte Constitucional agregó:

Con el fin de garantizar el poder adquisitivo de las pensiones, las leyes 71 de 1988 y 100 de 1993 modificaron sustancialmente el sistema de reajustes pensionales contemplado en la Ley 4.ª de 1976.

De esta manera se incorporó en el régimen de los pensionados, una medida de elemental justicia social, con la cual se busca garantizar que el valor real de las pensiones no se deteriore frente al costo del sustento diario.

2.5. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la salud³⁵

Antes de la Constitución de 1991 la salud era abordada en sede de control de constitucionalidad en virtud de su inclusión en la ley como servicio público.

Su reconocimiento como derecho constitucional se introdujo en la nueva Carta, particularmente en el artículo 49.

A continuación se analiza la jurisprudencia de control constitucional sobre el derecho a la salud de conformidad con la anterior clasificación de las cuatro “aes”:

2.5.1. La jurisprudencia relativa a obligaciones de asequibilidad

Dentro de este primer grupo de sentencias pueden ubicarse aquellas relativas a la destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud a la financiación del servicio, y aquellas relacionadas con la ampliación progresiva de los recursos para el mismo fin.

³⁵ El análisis de las sentencias del derecho a la salud, así como posteriormente del derecho a la educación, se llevará a cabo, en esta investigación, siguiendo la propuesta metodológica de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas de las cuatro “aes”, la cual, a su vez, ha sido adoptada por la Defensoría del Pueblo. La salud y la educación, como derechos humanos y servicios públicos, permiten fácilmente acudir a esta metodología. Según esta propuesta, las obligaciones del Estado frente a los DESC –que a su vez constituyen un servicio público– podrían clasificarse de la siguiente manera:

- *Obligaciones de asequibilidad*: son aquellas que se relacionan con la existencia de oferta pública o privada del servicio. Siguiendo a la Defensoría del Pueblo, en este grupo podrían ubicarse las obligaciones relativas a la creación y financiamiento de instituciones prestadoras de servicios de salud y educativos, y la obligación del Estado de abstenerse de prohibir a los particulares el establecimiento de este tipo de instituciones, así como de garantizar la libertad de configuración de estas dentro de ciertos límites.

- *Obligaciones de accesibilidad*: se trata de aquellas obligaciones tendientes a garantizar el acceso individual a los servicios en condiciones de igualdad.

- *Obligaciones de adaptabilidad*: en esta categoría se ubican las obligaciones cuya finalidad es garantizar al usuario del servicio su continuidad y permanencia, así como un tipo de atención que se adapte a sus condiciones particulares, para lo cual es importante el respeto de la diferencia y de los valores culturales.

- *Obligaciones de aceptabilidad*: por último, estas obligaciones hacen alusión a la calidad de los servicios. En este orden de ideas, estas obligaciones se relacionan con la existencia y cumplimiento de normas sobre calidad de los servicios, la exigencia de ciertas calidades profesionales para la prestación de los mismos, y deberes de vigilancia y control en cabeza del Estado.

2.5.1.1. Destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución, los recursos de las instituciones de la seguridad social no pueden ser empleados para fines distintos a ella. A partir de esta disposición la Corte Constitucional, en desarrollo de su jurisprudencia, ha afirmado que los recursos que reciben las EPS para la administración del régimen subsidiado –RS– y del régimen contributivo –RC– están adeptos a la destinación específica fijada por el artículo 48 superior y, en consecuencia, gozan de una protección especial.

Tal destinación específica, como fue señalado en la Sentencia C-1489 de 2000⁵⁶ –en la que la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993– no implica una prohibición para que intermediarios particulares administren el RS. La administración de este régimen por EPS particulares, en entender de la Corte, no implica un costo irracional o innecesario, ni significa una desviación de los recursos de la seguridad social en salud.⁵⁷

La Corporación recordó que la Carta no opta por un régimen de salud privado o público, sino que difiere esa determinación al Legislador (artículos 48, 49 y 365). Además, los artículos 48 y 49 constitucionales prevén la prestación del servicio de salud por particulares o entidades públicas, lo que no puede entenderse únicamente como la realización del acto médico sino también como la ejecución de todos los actos encaminados a la prevención, administración de recursos, divulgación y promoción, entre otros, necesarios para la adecuada prestación del servicio. Las actividades que desarrollan las EPS son necesarias para la adecuada y efectiva prestación del servicio, por ello –a juicio de la Corte– no puede afirmarse que su presencia en el sistema constituya una desviación de los recursos de la seguridad social a otros fines. En este punto expresó:

⁵⁶ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁵⁷ En concepto de los demandantes, estas disposiciones, al prever la administración del régimen subsidiado por intermediarios particulares, quienes además no prestan directamente los servicios, permitían la desviación de los recursos de la seguridad social en salud a fines distintos a los constitucionalmente establecidos.

En tal contexto, no es razonable suponer que los gastos en que incurran las ARS para llevar a cabo su labor de administración del régimen subsidiado, y la legítima ganancia que esas entidades tienen derecho a obtener,³⁸ representen una desviación de los recursos de seguridad social. Otra cosa sería que la ley autorizara a esas entidades a utilizar esos fondos para labores sin relación con la prestación de los servicios de salud en el régimen subsidiado. Pero ello no es así, ya que, como bien lo destacan varios intervinientes, el ordenamiento ha sido cuidadoso en evitar que esos dineros se confundan con el presupuesto general de las ARS. Estas entidades deben diferenciar los recursos provenientes del régimen subsidiado de sus dineros propios, de conformidad con lo señalado tanto en el numeral 5.º del artículo 24 como en el artículo 25 del Decreto 1895 de 1994, precisamente para asegurar que los recursos de seguridad social no sean destinados a otros fines.

En este orden de ideas, para la Corte la presencia de las EPS en el RS o en el RC, no constituye una decisión legislativa caprichosa sino que está sustentada en distintas consideraciones teóricas y empíricas,³⁹ y su finalidad es remediar las ineficiencias del anterior sistema de salud. Además, no existe suficiente evidencia empírica de la ineficiencia del diseño adoptado por la Ley 100 en lo que respecta al régimen subsidiado. Así las cosas, concluyó que el

³⁸ Ver Sentencia SU-480 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, fundamento 7.

³⁹ Según la Corte, “[a]lgunas encuestas y análisis empíricos habían mostrado que esos subsidios a la oferta eran inequitativos pues no llegaban a la población que más los necesitaba, ya que el sistema nacional de salud, financiado con recursos públicos, terminaba prestando a los sectores sociales más pudientes, que no deberían recibir subsidios, el 46.5% de sus consultas externas, el 48.9% de las odontológicas, el 40.4% de la atención de las maternidades, el 57.1% de las cirugías y el 44.6% de las hospitalizaciones. En contraste, el 20% más pobre, principal beneficiario hipotético, recibió sólo el 18% de las cirugías, el 24.9% de las consultas odontológicas y el 29.5% de las hospitalizaciones.

A su vez, el funcionamiento de esos hospitales, directamente financiados por subsidios a la oferta, no era eficiente, por cuanto, según estos enfoques, ese tipo de asignación de recursos no genera incentivos para que las autoridades hospitalarias administren los dineros con economía, ya que cada hospital solía recibir las partidas sin consideración al volumen y a la calidad de los servicios prestados. Es más, en la visión de quienes defendieron las reformas de la Ley 100 de 1993, este sistema de subsidios a la oferta terminaba premiando la ineficiencia y castigando la buena gerencia, puesto que los hospitales en déficit y crisis podían presionar políticamente para obtener financiaciones suplementarias, mientras que las instituciones en superávit veían sus presupuestos recortados”.

diseño introducido en la Ley 100 para la administración del RS –con participación de EPS particulares– no implica gastos irrazonables ni varía la destinación específica de los recursos.⁴⁰

La Corte también ha precisado que la destinación específica que prevé el artículo 48 constitucional conlleva la prohibición de gravar los recursos de la seguridad social en salud con tributos cuya finalidad sea atender las necesidades generales del Estado o cualquier finalidad distinta a la financiación del servicio de manera directa.

Con fundamento en esta afirmación, en la Sentencia C-828 de 2001⁴¹ declaró la exequibilidad condicionada del artículo 1.º de la Ley 633 de 2000, sobre la exención de los recursos de la seguridad social en salud del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), por estimar que la exención aludida se debía también extender a las transacciones financieras que realicen las EPS o ARS con las IPS con motivo de la prestación de los planes obligatorios de salud.

Para la Corte, teniendo en cuenta que la norma demandada, en relación con las transacciones entre IPS y EPS o ARS, no hacía distinción entre los contratos de prestación de servicios de salud cubiertos por el POS o POSS y los contratos de sobreaseguramiento en salud propios de los planes complementarios y demás servicios ofrecidos por los entes de salud, concluyó que el GMF sí gravaba recursos propios del SGSSS que por naturaleza tienen una destinación específica. En este sentido expresó:

20. El gravamen al movimiento financiero que pesa sobre las transacciones hechas entre las EPS y las IPS que no hace distinción entre los contratos de prestación de servicios de salud cubiertos por el POS y los contratos de sobreaseguramiento en salud propios de los planes complementarios y demás servicios ofrecidos por los entes de salud, grava recursos que sí le

⁴⁰ En la Sentencia C-1040 de 2003, la Corte agregó en este punto que la prohibición de destinar y utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella comprende tanto los recursos destinados a la organización y administración del sistema, como los orientados a la prestación del servicio. Según la Corte, los dos tipos de recursos forman un todo indivisible en virtud del principio de eficiencia.

⁴¹ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

pertenecen al sistema y los destina para fines diferentes a los de la Seguridad Social, lo cual constituye una violación a lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política. Así, como también grava las transacciones entre las ARS y las IPS cuando son operaciones que pertenecen al régimen subsidiado.

Por el contrario, la Corte sostuvo que los fondos que las EPS obtienen por sobreaseguramiento o planes complementarios, en tanto no se relacionan con el aseguramiento del POS, no son contribuciones parafiscales, no tienen una destinación específica y, por tanto, pueden ser gravados.

Por razones similares, en la Sentencia C-655 de 2003⁴² la Corte declaró exequible el inciso 2.º del artículo 20 de la Ley 789 de 2002, que excluye, entre otras entidades, a las EPS del pago de la tarifa de control fiscal a favor de la Contraloría General de la República.

En sentir de la Corte, dado que la tarifa de control fiscal es un tributo cuya destinación es garantizar la existencia de recursos suficientes para las labores de control fiscal que desarrolla la Contraloría General de la República, si los recursos de las EPS se destinaran al pago de esta tarifa se desconocería su destinación específica. La Corporación precisó:

10.1. Dando estricta aplicación a las consideraciones precedentes, que recogen fielmente los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional sobre las materias antes tratadas, no encuentra la Corte que el Legislador haya violado la Constitución Política, al excluir del pago de la tarifa de control fiscal a las EPS y a las cajas de compensación familiar. Considerando que los recursos que manejan esas entidades son recursos parafiscales, que pertenecen al Sistema de Seguridad Social y que por expreso mandato del artículo 48 de la Constitución Política no pueden ser utilizados ni destinados a fines diferentes al previsto para el servicio por la ley, es claro que su exclusión del sistema tributario obedece a un fin constitucional legítimo.

⁴² M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

10.2. Ciertamente, la imposición de gravámenes a las entidades que hacen parte de la seguridad social integral no goza de legitimidad constitucional, en cuanto tiene como efecto excluir o apartar del ciclo del sistema todos aquellos recursos que son imprescindibles para dar estricto cumplimiento a los principios Superiores que propugnan la universalización y eficiencia del servicio público de seguridad social. El diseño del Sistema de Seguridad Social, a través de la vía de la administración delegada, “debe mantener un equilibrio económico que le permita cumplir con los propósitos constitucionales”.⁴³ Los de “hacer efectivo el derecho a la seguridad social (C.P. art. 49) de quienes oportuna y cumplidamente cotizan con las entidades administradoras de salud, con lo cual se pretende, además, proteger los recursos parafiscales⁴⁴ de la seguridad social y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y las transferencias de las cotizaciones, las cuales, en virtud del principio de solidaridad, revierten en beneficio no solo del asalariado y su familia sino también de otras personas, en virtud de la existencia del régimen subsidiado de salud. Se trata pues de finalidades que no solo son jurídicamente legítimas sino que tienen gran importancia, conforme a los valores constitucionales, puesto que la Carta establece que la eficiencia y la solidaridad son principios que orientan el sistema de seguridad social en salud (C.P. arts. 48 y 49), por lo cual se deben proteger los recursos económicos que financian el sistema”.⁴⁵

En este orden de ideas, la Corte estimó que la norma se ajustaba a la Constitución.

Por último, en la Sentencia C-1040 de 2003⁴⁶ la Corte declaró inexecutable las expresiones “en el porcentaje de la Unidad de Pago Por Capitalización, UPC, destinado obligatoriamente a la prestación de servicios de salud”, y “Este porcentaje será para estos efectos, del ochenta por ciento (80%) en el régimen contributivo

⁴³ Cfr. Sentencia C-828 de 2001.

⁴⁴ Sentencia C-179 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁴⁵ Sentencia C-177 de 1998.

⁴⁶ M.P.: Clara Inés Vargas.

y del ochenta y cinco por ciento (85%) de la UPC en el régimen subsidiado” del artículo 111 (parcial) de la Ley 788 de 2002⁴⁷ sobre impuesto de industria y comercio, por vulnerar el artículo 48 superior. A juicio de la Corte, las UPC que reciben las EPS –para la organización del sistema y para la prestación de los servicios de los planes obligatorios– constituyen recursos parafiscales con destinación específica. No se trata, por tanto, de recursos propios de dichos organismos, al punto que deben ser administrados en cuentas separadas. Por esta razón, no pueden ser objeto de ningún tipo de gravamen, menos de un impuesto cuya destinación es la atención de las necesidades generales del Estado. En este sentido expresó:

8. Existe, entonces, un vínculo indisoluble entre el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud y la Unidad de Pago por Capitación, pues al fin y al cabo dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (POS) por parte de las Empresas Promotoras de Salud y las ARS. En otras palabras, la UPC tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del POS. De ahí que la Corte haya considerado que la UPC no constituye una renta propia de las EPS:

[...]

9. Ahora bien, como la UPC tiene carácter parafiscal, la consecuencia lógica es que todos los recursos que la integran, tanto administrativos como los destinados a la prestación del servicio, no puedan ser objeto de ningún gravamen, pues de serlo se estaría contrariando la prohibición contenida en el artículo 48 Superior de destinar y utilizar los recursos de la seguridad social para fines distintos a ella, ya que los impuestos entran a las arcas públicas para financiar necesidades de carácter general.

En consecuencia, la Corte declaró la inexecutable de la norma que imponía sobre un porcentaje de la UPC que reciben las EPS.

⁴⁷ “Por la cual se expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial; y se dictan otras disposiciones”.

Para terminar, en materia de destinación específica de los recursos de la seguridad social en salud, la Corte ha sostenido que la destinación específica a la que se refiere el artículo 48 de la Carta impide que los recursos de la seguridad social sean afectados por medidas de reactivación económica. En este sentido, en la Sentencia C-867 de 2001⁴⁸ la Corporación declaró la exequibilidad del artículo 1.º (parcial) de la Ley 550 de 1999⁴⁹ –sobre el ámbito de aplicación de esta ley–, siempre y cuando se entendiera que en virtud de dicha ley no se pueden comprometer los recursos destinados a la salud administrados por las EPS.

Según la Corte, si bien es legítima en términos generales la aplicación de la Ley 550 de 1999 a las EPS, toda vez que i) estas desarrollan actividades empresariales y ii) la Ley 550 es acorde con los fines que el artículo 334 superior fija para la intervención del Estado en la economía, en aras de la reactivación económica no puede desconocerse la destinación específica de los recursos de la seguridad social que prevé el artículo 48 superior. Al respecto expresó la Corporación:

Es claro entonces que el mandato de que los recursos de la seguridad social sean de destinación específica no puede ser desconocido por el Legislador en ningún caso, ni aun en aras de la reactivación económica. Por lo tanto, los recursos destinados a atender las necesidades del servicio de salud y a asegurar la efectividad del derecho a la salud no pueden ser objeto de acuerdos de pagos con acreedores que conduzcan a que tales recursos no lleguen al destino ordenado en la Carta. En la aplicación de los demás instrumentos de intervención previstos en la ley, debe respetarse estrictamente esta prohibición constitucional.⁵⁰ La norma demandada no dice nada al

⁴⁸ M.P.: Manuel José Cepeda.

⁴⁹ “Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley”.

⁵⁰ “En la Sentencia C-828 de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, la Corte decidió que el gravamen a los movimientos financieros no podía aplicarse a los recursos del sistema de seguridad

respecto y de ella no se puede deducir una autorización en sentido contrario a dicho precepto constitucional. Pero la inquietud del demandante es que si se permite que las EPS y ARS se acojan a la Ley 550 de 1999 inevitablemente serán destinados recursos del sistema de salud a fines diversos.

4.2. Por ello, pasa la Corte a resolver el siguiente cuestionamiento: ¿podría una EPS o una ARS omitir el mandato de destinación específica que cobija a los recursos en salud, por el hecho de acogerse a la Ley 550 de 1999? La respuesta para la Sala es negativa. Sin embargo, llegar a tal conclusión supone algunas aclaraciones.

La Corte concluyó que solo los recursos propios de las EPS, que además deben estar claramente diferenciados, pueden ser utilizados para el desarrollo de las medidas contempladas en la Ley 550 de 1999.

En resumen, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la destinación específica de los recursos de la seguridad social prevista por el artículo 48 de la Carta comprende, de un lado, la prohibición de gravarlos con tributos destinados a atender las necesidades generales del Estado –como el GMF– o cualquier otra finalidad –como la tarifa de control fiscal–; y de otro, la prohibición de emplear los recursos de la seguridad social en salud que administran las EPS para la adopción de las medidas de reactivación económica. Esta destinación específica, por otra parte, no implica la exclusión de la participación de los particulares en la administración del sistema. Su participación estará justificada en la medida que contribuyan a hacer más eficiente el sistema.

2.5.1.2. Ampliación progresiva de los recursos destinados a la financiación del servicio de salud

El artículo 48 de la Constitución, además de prever la destinación específica de los recursos de la seguridad social, dispone su ampliación progresiva para extender la cobertura de los servicios. Con fundamento en esta disposición,

social en salud hasta el giro que se hace a las IPS, entre otras razones, por lo dispuesto en el inciso 4.º del artículo 48 de la Carta Política”.

en la Sentencia C-1165 de 2000⁵¹ la Corte declaró la inexecutable del literal c) del artículo 34 de la Ley 344 de 1996⁵² –que modificó el artículo 221 de la Ley 100 de 1993–, que establecía una reducción de los aportes del Presupuesto General de la Nación para la financiación del FOSYGA.⁵³

En criterio de la Corte, la disposición impugnada, en tanto entrañaba una reducción de los recursos presupuestales asignados al RS, era contraria al mandato de progresividad en materia de DESC que establece la Constitución en el artículo 48. En este sentido manifestó:

Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aun estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales.

La Corporación también advirtió que la disposición vulneraba el artículo 366 superior, según el cual el gasto público social prevalece. En su sentir, so pre-

⁵¹ M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

⁵² “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”.

⁵³ El literal c) del artículo 211 de la Ley 100 de 1993 disponía que el FOSYGA estaría conformado por los siguientes aportes del Presupuesto General de la Nación: “1. En los años 1994, 1995 y 1996 no deberá ser inferior a los recursos generados por concepto de los literales a) y b) // 2. A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a los recursos generados por concepto del literal a) del presente artículo”.

El artículo 34 de la Ley 344 de 1996 modificó este artículo de la siguiente manera: “A partir de 1997 podrá llegar a ser igual a medio punto de la cotización del régimen contributivo. // A partir de 1998 no podrá ser inferior a un cuarto de punto de la cotización del régimen contributivo”.

texto de la racionalización del gasto público, no es posible disminuir los recursos destinados a la seguridad social en salud, pues ello implica un desconocimiento de que este tipo de gasto prevalece sobre los demás gastos del Estado.

En sentido similar, en la Sentencia C-040 de 2004⁵⁴ la Corte declaró inexecutable la expresión “con un cuarto de punto (0.25) de lo aportado por los afiliados al régimen contributivo” del artículo 42.20 de la Ley 715 de 2001, por desconocer el principio de progresividad.

En concepto de la Corporación, el principio de progresividad en materia de salud implica una decisión del Estado orientada a hacer las erogaciones necesarias y suficientes para incrementar el número de personas beneficiadas por el régimen subsidiado, de forma tal que los recursos destinados para esa finalidad se aumenten proporcional y progresivamente a las necesidades sociales de la población, y no disminuyan en detrimento de las personas más pobres y vulnerables.

En este orden de ideas, la norma demandada, en tanto disponía que la Nación solamente debía destinar el equivalente al 0.25% de lo aportado por los contribuyentes del RC a la afiliación de las personas de más bajos recursos en el RS, encontró la Corte, era una medida regresiva, pues con esos recursos, en las actuales condiciones del presupuesto nacional, ni siquiera se podría garantizar un acceso mínimo al régimen subsidiado. La Corporación expresó:

En este sentido, la Sala constata que en el presente caso se violan los mínimos de protección de la población más pobre y vulnerable dado que en las circunstancias y presupuestos previstos en la norma ni siquiera pueden acceder al régimen subsidiado.

Desde esta perspectiva, si conforme al principio de universalidad, el Estado debe garantizar la cobertura en seguridad social a todas las personas que habitan el territorio nacional e implementar, a medida que mejora el nivel de desarrollo del país, las condiciones para que las personas que aún se

⁵⁴ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

encuentran por fuera del régimen subsidiado de salud puedan ingresar a él (principio de progresividad), una norma como la acusada transgrede los principios fundamentales del Estado Social de Derecho por cuanto mientras haya población pobre no afiliada a dicho régimen no se estará cumpliendo con el mínimo de cobertura exigido por la Constitución.

Además, según la Corte, no puede predicarse progresividad en la ampliación del RS a partir de una norma que establece un porcentaje fijo de aportes de la Nación para el efecto, y que no atiende a los niveles de afiliación de la población a dicho régimen.

De otro lado, para la Corte, la existencia de otras fuentes de financiación no releva a la Nación de hacer los aportes suficientes, graduales y necesarios para ampliar progresivamente la cobertura del sistema de salud.

En conclusión, la Corporación sostuvo lo siguiente:

Confrontando las consideraciones precedentes con la norma parcialmente demandada en este proceso, la Sala advierte que dicho precepto desconoce el deber estatal de ampliar progresivamente la cobertura en materia de afiliación al régimen subsidiado y de esa manera cercena la posibilidad de que se den las condiciones para que toda la población pobre se beneficie del servicio de salud, meta ésta que aún no se ha logrado y por lo mismo impide constitucionalmente que se establezcan porcentajes fijos de contribución para esa finalidad.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el principio de progresividad en materia de seguridad social en salud comprende, por una parte, la imposibilidad del Estado de reducir los recursos destinados a la prestación del servicio, en tanto no hayan disminuido las necesidades del mismo –prohibición de regresividad–, y de otro, la obligación del Estado hacer erogaciones suficientes para incrementar el número de beneficiarios del servicio y atender el número creciente de personas que lo demandan.

2.5.2. La jurisprudencia relativa a las obligaciones de accesibilidad

Las obligaciones de accesibilidad son aquellas tendientes a garantizar el acceso individual a los servicios en condiciones de igualdad. A este grupo de obligaciones pertenecen, por tanto, aquellas referidas a la garantía de acceso a los regímenes de salud que prevé la Ley 100 de 1993, así como a tratamientos específicos, como los tratamientos de alto costo, entre otros.

El acceso a servicios de salud de calidad y de manera oportuna y eficaz no es desarrollado en las sentencias de constitucionalidad en la misma medida que en los fallos de tutela. Por ejemplo, en la Sentencia T-760 de 2008, en el cual, entre muchos temas, se reconoció que el derecho a la salud es fundamental, se abogó por la unificación de los planes de beneficios. Para garantizar la igualdad de los afiliados al RC y el RS la Corte insistió en la necesidad de contar con (i) una carta con los derechos del paciente y (ii) una carta de desempeño; y le dio importancia al acceso individual a los servicios de salud, que incluye, entre otros, los siguientes derechos constitucionales:

(i) Acceso a servicios. Toda persona tiene derecho a que la entidad encargada de garantizarle la prestación de los servicios de salud, EPS,⁵⁵ autorice el acceso a los servicios que requiere y aquellos que requiere con necesidad, incluso si no se encuentran en el plan obligatorio de salud; obstaculizar el acceso en tales casos implica irrespetar el derecho a la salud de la persona. El acceso a los servicios debe ser oportuno, de calidad y eficiente.

(ii) Protección especial a niños y niñas. El derecho a acceder a un servicio de salud que requiere un niño o una niña para conservar su vida, su dignidad y su integridad, así como para desarrollarse armónica e integralmente, está especialmente protegido; cuando una EPS obstaculiza el acceso a servicios de salud, incluidos aquellos que atienden las necesidades específicas de los menores, irrespeta gravemente su derecho a la salud.

⁵⁵ En el actual régimen legal, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud a las personas son denominadas 'Entidades Promotoras de Salud', EPS.

- (iii) Concepto del médico adscrito y externo. Por regla general, el médico que puede prescribir un servicio de salud es el médico adscrito a la EPS. El usuario puede acudir a otros médicos pero su concepto no obliga a la EPS a autorizar lo que éste prescribió, sino a remitir al usuario a un médico adscrito a la correspondiente EPS. Toda persona tiene derecho a que su EPS valore científica y técnicamente el concepto de un médico reconocido y vinculado al Sistema de Salud que considera que la persona requiere un servicio de salud. Este médico es el médico adscrito a la EPS y a él debe acudir el interesado. No obstante, en el evento excepcional de que el interesado acuda a un médico externo—no adscrito a la red de prestadores de la correspondiente EPS— la EPS tiene una carga de valoración del concepto de dicho médico. El concepto del médico externo no podrá ser automáticamente descartado por la EPS, sino que es necesaria una valoración de su idoneidad por parte de un médico adscrito a la EPS (de manera directa o mediante remisión del interesado) o del Comité Técnico Científico, según lo determine la propia EPS.
- (iv) Acceso sin obstáculos por pagos. “Los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo”.
- (v) Acceso al diagnóstico. Toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas y exámenes diagnósticos indispensables para determinar si requiere o no un servicio de salud.
- (vi) Allanamiento a la mora. Cuando una EPS no ha hecho uso de los diferentes mecanismos de cobro que se encuentran a su alcance para lograr el pago de los aportes atrasados, se allana a la mora y, por ende, no puede fundamentar el no reconocimiento de una incapacidad laboral en la falta de pago o en la cancelación extemporánea de las cotizaciones.
- (vii) Protección a las enfermedades catastróficas y de alto costo. El acceso a los servicios de salud oportunos es especialmente garantizado cuando se trata de una persona con una enfermedad catastrófica o de alto costo; no se les puede dejar de atender ‘bajo ningún pretexto’, ni pueden cobrarsele copagos.
- (viii) Acceso con continuidad a la salud. El acceso a un servicio de salud debe ser continuo, no puede ser interrumpido súbitamente; irrespeta el derecho a

la salud una EPS que suspende un servicio de salud que se requiere, antes de que éste haya sido efectivamente asumido por otro prestador.

(ix) Información, acompañamiento y seguimiento. Toda persona tiene derecho a que las EPS o autoridades públicas no obligadas a autorizar el servicio de salud pedido, adopten las medidas adecuadas para, por lo menos, (1) suministrar la información que requería para saber cómo funciona el sistema de salud y cuáles son sus derechos, (2) indicar específicamente cuál era la institución prestadora de servicios de salud que tiene la obligación de realizar las pruebas diagnósticas que requiere y una cita con un especialista, y (3) acompañarla durante el proceso de solicitud del servicio, con el fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

(x) Prohibición de trasladarle a los usuarios cargas administrativas y burocráticas que le corresponde asumir a la EPS. Toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud sin que las EPS puedan imponer como requisito de acceso a un servicio de salud el cumplimiento de cargas administrativas propias de la entidad. En especial, toda persona tiene derecho a que su EPS autorice y tramite internamente los servicios de salud ordenados por su médico tratante; una EPS irrespeta el derecho a la salud de una persona cuando le obstaculiza el acceso al servicio, con base en el argumento de que la persona no ha presentado la solicitud al Comité Técnico Científico. El médico tratante tiene la carga de iniciar dicho trámite.

(xi) Acceso a los servicios de acuerdo al principio de integralidad. Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado. En el mismo sentido, las inclusiones y exclusiones del POS deben ser interpretadas conforme a un criterio finalista, relacionado con la recuperación de la salud del interesado y el principio de integralidad.

(xii) Libertad de elección de EPS. Toda persona tiene derecho a elegir la EPS que se encargará de garantizarle la prestación de los servicios de salud, con las limitaciones razonables que imponga la regulación. La limitación superior impuesta a la libertad de escogencia dentro del Sistema de Salud a las personas afiliadas que se encuentren sometidas a servicios de alto costo podrá ser aplicada si (1) el 'afiliado' (2) está 'haciendo uso de servicios' (3) para atender 'procedimientos de alto costo' (4) 'sujetos a períodos mínimos de cotización'. No puede extenderse la limitación mediante interpretaciones extensivas, como por ejemplo, impedirle a un 'afiliado' trasladarse a una entidad porque su hijo menor, un 'beneficiario', tiene una enfermedad de alto costo.

En los pronunciamientos hechos por la Corte en sentencias de constitucionalidad, en cuanto al acceso al servicio de salud, no se ha hecho un análisis tan profundo como el que se hizo en la Sentencia T-760 de 2008, pero no sobra tener en cuenta algunos otros aspectos, a saber:

2.5.2.1. Afiliación al sistema

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la afiliación al sistema de salud es un derecho y un deber en cabeza de todas las personas. En su faceta de derecho comprende, por ejemplo, la imposibilidad de suspender la afiliación de los trabajadores dependientes como consecuencia de la mora patronal –Sentencia C-177 de 1998–. Como deber, se manifiesta en la obligación de los trabajadores con capacidad de pago de afiliarse al sistema, por cuanto sus cotizaciones contribuyen a la sostenibilidad y ampliación de la cobertura del sistema, particularmente hacia las personas de menores recursos –Sentencia C-663 de 1996–.

De la primera cuestión, la afiliación al sistema como derecho y la imposibilidad de suspenderla en caso de mora patronal, la Corte se ocupó en la Sentencia C-177 de 1998.⁵⁶ En ella declaró la exequibilidad condicionada del artículo 209 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que la suspensión de la afiliación al régimen contributivo de salud –no de la prestación de

⁵⁶ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

los servicios del POS– por el no pago de las cotizaciones no puede aplicarse a los trabajadores dependientes cuando el no pago sea atribuible a su empleador.

En esta sentencia, que armoniza con centenares de fallos de tutela, la Corte comenzó por recordar que es obligación de los empleadores no solo descontar a sus trabajadores su cotización al régimen contributivo de salud, sino también trasladar lo descontado a la correspondiente EPS. Incluso en los eventos en los que no descuenten las cotizaciones a cargo del trabajador, son responsables de la totalidad del aporte obligatorio.

Agregó que las relaciones jurídicas que surgen entre el empleador y la entidad de seguridad social –en estos casos las EPS– son jurídicamente separables de aquellas que se derivan del vínculo entre el trabajador y su empleador como administrador de los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud. Por esta razón, el no pago de las cotizaciones descontadas por el empleador no puede conducir a la suspensión de la afiliación del trabajador. En estos eventos, las EPS deben reclamar por vías judiciales a los empleadores el pago de las cotizaciones.

Al practicar el juicio de proporcionalidad, la Corte estimó que la medida de suspensión de la afiliación en el caso de los trabajadores dependientes es desproporcionada. Pese a que la medida 1) persigue un objetivo no solo legítimo sino constitucionalmente importante (hacer efectivo el derecho a la seguridad social de quienes oportuna y cumplidamente cotizan a las EPS, proteger por esta vía los recursos parafiscales de la seguridad social y exigir un grado importante de eficiencia en el pago y transferencia de las cotizaciones, para garantizar así el principio de solidaridad), y 2) es útil y apropiada para lograr tal objetivo –estimula a los patronos a que cumplan con su deber de cotizar y transferir los dineros a la respectiva EPS–; implica una afectación grave del derecho a la salud de los trabajadores, ya que afecta sus antigüedad en el sistema, lo cual puede obstaculizar su acceso a determinados servicios sanitarios, particularmente aquellos de alto costo. Sobre este punto la Corte afirmó:

Así, la Corte considera que la suspensión de la afiliación aparece desproporcionada ya que afecta la antigüedad del trabajador en el sistema, lo cual podría, en determinados casos, obstaculizar el no acceso a determinados servicios sanitarios. En efecto, conforme al artículo 164 de la Ley 100 de

1993, el acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo “podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que en ningún caso podrán exceder 100 semanas de afiliación al sistema, de las cuales al menos 26 semanas deberán haber sido pagadas en el último año”. Por ende, la Corte considera que es excesivo que se imponga la suspensión de la afiliación a un trabajador y a su grupo familiar por una conducta que es imputable a su empleador, que no efectuó los aportes que le correspondían, y a la propia EPS, que fue negligente en sus deberes de vigilancia.

Por el contrario, la Corte consideró que la medida de suspensión de los servicios dispuesta por la norma sí es proporcionada, toda vez que en “el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador” sino que desplaza la responsabilidad de su prestación al empleador. La Corporación explicó esta afirmación de la siguiente manera:

Por el contrario, la interrupción de los servicios por parte de la EPS es proporcionada ya que en el fondo no limita el acceso a las prestaciones de salud del trabajador, caso en el cual realmente se estaría restringiendo en forma grave su derecho a la salud, sino que simplemente desplaza la responsabilidad para su prestación, que ya no corresponderá a la EPS sino al propio patrono pues, conforme al parágrafo del artículo 161 de la Ley 100 de 1993, la atención de los accidentes de trabajo, riesgos y eventualidades por enfermedad general, maternidad y accidentes de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertos en su totalidad por el patrono si este no ha efectuado la inscripción del trabajador o no ha girado oportunamente las cotizaciones a la entidad de seguridad social correspondiente.

En el caso de los trabajadores independientes, jubilados y pensionados,⁵⁷ la Corte estimó que la medida sí es proporcionada, toda vez que la relación

⁵⁷ No es fuerte el argumento de la Corte respecto de los pensionados porque a estos se les descuenta el aporte a salud directamente por el organismo gestor de la seguridad social en pensiones, de la correspondiente mesada. Luego, no debería la omisión de la entidad gestora perjudicar al jubilado.

que surge entre ellos y la EPS es lineal y la suspensión del servicio es una consecuencia directa de su propio actuar y un incumplimiento de sus propias obligaciones, pues son ellos los obligados al pago de sus cotizaciones ante la respectiva EPS.

Como la misma Corte señala, esta sentencia presenta una posición jurisprudencial distinta a la adoptada por ella en varios fallos de tutela, en los que en casos de mora patronal ha ordenado a las EPS no solo no suspender la afiliación, sino continuar la prestación del servicio, bajo el argumento de que estas entidades tienen la posibilidad acudir al cobro coactivo para hacer efectivas las acreencias. La Corporación estimó que esta razón puede justificar en algunos casos que los jueces de tutela ordenen a las EPS continuar prestando los servicios –como en los eventos de afectación del derecho a la vida o cuando al patrono le sea imposible prestar el servicio demandado–, siempre que se les autorice a repetir posteriormente contra el patrono.

En resumen, para la Corte la medida de suspensión de la afiliación de los trabajadores dependientes al sistema de salud por mora patronal, prevista en el artículo 209 de la Ley 100 de 1993, es una medida desproporcionada, pues afecta gravemente el derecho a la salud de estos trabajadores, particularmente porque limita su acceso a tratamientos de alto costo. Por el contrario, la Corporación considera que las medidas de suspensión de la afiliación a los trabajadores independientes por el no pago de las contribuciones y de los servicios del POS a los trabajadores dependientes e independientes, aun en caso de mora patronal, sí son proporcionadas. En el caso de los trabajadores independientes porque es obligación de ellos mismos hacer los aportes, y en el caso de la suspensión de los servicios del POS a los trabajadores dependientes porque la responsabilidad de los servicios se traslada al empleador. Sin embargo, de manera excepcional, en esta última hipótesis, la Corte encuentra que la suspensión de los servicios no puede considerarse proporcionada cuando esté de por medio la vida del trabajador o sus beneficiarios, o cuando el empleador no pueda prestar los servicios que el trabajador o sus beneficiarios requieran. En estos eventos la obligación de prestación de los servicios continúa en cabeza de la EPS, pero con posibilidad de repetir contra el empleador.

De otro lado, basándose en la faceta de la afiliación como deber, en la Sentencia C-663 de 1996⁵⁸ la Corte declaró la exequibilidad de los artículos 153, 156, 157, 162, 169, 203 y 204 de la Ley 100 de 1993 sobre la obligación de los trabajadores independientes de afiliarse al sistema de seguridad social en salud.

La Corporación señaló que el disponer la obligatoriedad de la afiliación de estos trabajadores es una manifestación del principio de solidaridad y de la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares en el marco del Estado Social de Derecho. Se trata de una medida que precisamente busca garantizar el acceso de todas las personas al sistema, en la medida en que los trabajadores independientes con capacidad de pago colaboren a la financiación del sistema. Al respecto la Corte expresó:

Así las cosas, no aparece comprometido ni resquebrajado el libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores independientes con capacidad de pago, por el hecho de que la Ley 100 de 1993 los haya incluido dentro de una de las categorías de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por cuanto –a diferencia de lo que piensa el demandante– la afiliación contemplada por el Legislador no es un elemento exclusivamente ligado a la libre opción individual de asegurar o no los propios riesgos sino una forma razonable de vincular a quienes precisamente gozan de capacidad de pago al eficaz funcionamiento del sistema de seguridad social, merced a su contribución. Eso es lo propio del Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) y lo que resulta de la función que el Constituyente ha encomendado a las autoridades de la República –entre ellas el Legislador–, las cuales deben “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado *y de los particulares*” (artículo 2.º C.P.).

A juicio de la Corte, la concepción individualista, pregonada por el actor, no es la que acoge la Carta Política en materia de seguridad social, como puede verse, entre otros preceptos, en el 48 íbidem, que consagra la eficiencia, la universalidad y la solidaridad como principios esenciales a ese servicio público de carácter obligatorio.

⁵⁸ M.P.: José Gregorio Hernández.

Repárese en que, sin introducir distinciones, es la propia Constitución, en el precepto citado, la que consagra paladinamente la proposición de la cual se queja el demandante, es decir, la de que la seguridad social se garantice “a todos los habitantes”, como derecho irrenunciable. (Énfasis en el texto original)

En este orden de ideas, la Corte sostuvo que para la materialización del principio de acceso universal al sistema de salud, es un deber de los trabajadores con capacidad de pago afiliarse al sistema y, a través de sus cotizaciones, contribuir a la ampliación de la cobertura del servicio.

2.5.2.2. Acceso a tratamientos de alto costo

En materia de acceso a tratamientos de alto costo, si bien la Corte en la Sentencia C-112 de 1998⁵⁹ declaró exequible el inciso 2.º del artículo 164 de la Ley 100 de 1993 sobre la exigencia de un número de semanas de cotización para acceder a tratamientos de alto costo en el régimen contributivo, dejó claro que, en todo caso, en eventos de urgencia, es obligación de todas las IPS prestar los servicios a cualquier persona, incluidas las afiliadas al régimen contributivo, con cargo a los recursos del FOSYGA y sin posibilidad de oponer periodos mínimos de cotización. Al respecto indicó la Corporación:

... ¿qué ocurre cuando se presentan casos de urgencia? En estos eventos, la misma Ley 100/93 en su artículo 168, obliga a todas las entidades de salud de carácter público o privado, a prestar los servicios médicos correspondientes a *todas*⁶⁰ las personas independientemente de su capacidad de pago. El costo de estos servicios está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía o de la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, respectivamente.

Entonces, bien puede afirmarse que ante situaciones de urgencia no es posible oponer periodos mínimos de cotización pues su exigencia violaría

⁵⁹ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁶⁰ Subrayado en el texto original.

los derechos a la salud y a la vida de las personas que, padeciendo de una enfermedad que requiere tratamiento de “alto costo”, necesiten de atención médica y hospitalaria en forma inmediata. Los períodos de espera en esas situaciones constituyen un riesgo para la salud y ponen en peligro la vida de los usuarios.

Así las cosas, para la Corte la exigencia de periodos mínimos de cotización para acceder a tratamientos de alto costo no desconoce el texto constitucional, dado que es una medida necesaria para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. Sin embargo, es un requisito que no puede oponerse en casos de urgencia, eventos en los cuales todas las IPS están obligadas a prestar los servicios que se requieran con cargo al FOSYGA.

2.5.3. La jurisprudencia relativa a las obligaciones de adaptabilidad

En materia de adaptabilidad de los servicios de salud, la Corte se ha ocupado en sede de control de constitucionalidad principalmente de la inoponibilidad de la mora patronal para suspender los servicios del POS a los afiliados del régimen contributivo. Se trata de aquellos casos en los que los empleadores descuentan las cotizaciones de salud a sus trabajadores, pero no las trasladan a las respectivas EPS.

Al respecto, en la Sentencia C-800 de 2003,⁶¹ el tribunal analizó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 43 de la Ley 789 de 2002,⁶² que permitía la suspensión de los servicios del POS a los trabajadores y sus beneficiarios a quienes los empleadores hubieran retenido la cotización de salud,

⁶¹ M.P.: Manuel José Cepeda.

⁶² El texto original del artículo era el siguiente: “Estando vigente la relación laboral no se podrá desafiliar al trabajador ni a sus beneficiarios de los servicios de salud, cuando hubiera mediado la correspondiente retención de los recursos por parte del empleador y no hubiera procedido a su giro a la entidad promotora de salud. Los servicios continuarán siendo prestados por la entidad promotora de salud a la que el trabajador esté afiliado hasta por un período máximo de seis (6) meses verificada la mora, sin perjuicio de la responsabilidad del empleador, conforme las disposiciones legales. // La empresa promotora de salud respectiva, cobrará al empleador las cotizaciones en mora con los recargos y demás sanciones establecidos en la ley”.

pero no la hubieran girado a favor de la EPS, una vez transcurrido un término de seis meses desde el inicio de la mora patronal.

La Corte declaró, de un lado, la exequibilidad condicionada de la norma, bajo el entendido de que en ningún caso se podría interrumpir el servicio de salud específico que se estuviera prestando a un trabajador o beneficiario, cuando de él dependiera su vida o integridad, y hasta tanto la amenaza cesara u otra entidad asumiera el servicio; y de otro, la inexecutable de la expresión “hasta por un período de seis (6) meses verificada la mora”.

La Corporación encontró que, en principio, la disposición impugnada se ajusta a la Carta, ya que no pretende eximir de responsabilidad alguna a los empleadores incumplidos –pues no desconoce su obligación de pago ni los exonera de las demás sanciones que establece la ley por la mora– y se ajusta a la jurisprudencia constitucional en la materia y al principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud.

Sin embargo, observó que la redacción de la disposición podía eventualmente poner en riesgo el derecho a la salud de los trabajadores y sus beneficiarios, como cuando estos están recibiendo un servicio de salud específico de cuya continuidad depende su integridad y su vida. En este sentido, afirmó que la interrupción del servicio en estas situaciones no es constitucionalmente admisible, de modo que las EPS deben garantizar la continuidad de la atención –con cargo al FOSYGA– hasta que, dependiendo de la situación laboral o socioeconómica del trabajador o sus beneficiarios, una nueva entidad se haga cargo del servicio o cese la amenaza sobre la vida o integridad del paciente. Por estas razones, declaró la exequibilidad condicionada de la disposición.

Siguiendo la misma línea argumentativa, la Corte encontró que el término de seis meses a partir de los cuales la norma establecía la posibilidad de suspender el servicio de los trabajadores, era inconstitucional. Sobre este punto expresó:

(3) El tercer caso se presenta cuando un trabajador sigue trabajando, continúa afiliado a la EPS, le descuentan de su salario los recursos destinados a salud, pero el empleador entra en mora y se abstiene de hacer los giros de ley

a la EPS. La Corte estima que en esta hipótesis la carga del incumplimiento del empleador no puede recaer sobre el trabajador al cual le efectuaron los descuentos porque ello violaría su derecho a la salud.

8.2. Por lo tanto, en este tercer caso la protección efectiva del derecho a la salud exige que al trabajador no le sea suspendido el servicio, razón por la cual se declarará inconstitucional el término de seis meses previsto en la norma acusada. Es preciso señalar que la protección que aquí se reconoce, cobija tan solo el caso del empleado que asume la carga que le corresponde con el sistema de salud. No ampara los eventos en que el trabajador tan sólo permanece afiliado temporalmente a una EPS en razón a encontrarse en alguno de los casos contemplados anteriormente en el aparte 3.4.2 de esta sentencia.⁶³

No obstante, la carga tampoco puede recaer sobre las EPS porque estas no han recibido los recursos para ello dentro del régimen contributivo, dado que no se han efectuado los giros para que procedan las compensaciones y, además, el empleador moroso no puede beneficiarse de su incumplimiento. En este caso, como se anotó anteriormente,⁶⁴ el Ministerio de Hacienda, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional en Salud son quienes tienen el deber de evitar que los recursos para la salud se pierdan, o lleguen tardíamente, y se afecte la viabilidad financiera del Sistema.

Esta sentencia presenta un cambio de posición importante respecto de la Sentencia C-177 de 1998, sobre la posibilidad de suspender los servicios de salud por mora patronal a los trabajadores dependientes. En efecto, en la Sentencia C-177 de 1998 la Corte había estimado que era proporcionado desde el punto

⁶³ En el aparte 3.4.2 de las consideraciones se hace referencia a las siguientes hipótesis: (i) la persona continúa vinculada al régimen contributivo de salud; (ii) la persona pasa a estar vinculada al sistema de salud, a través del régimen subsidiado; (iii) la persona tiene recursos económicos suficientes para seguir costeadando el tratamiento que se le viene prestando; (iv) la persona está por fuera de los regímenes contributivo y subsidiado, y por defecto, se encuentra en el régimen vinculado; (v) la persona deja de requerir un servicio médico para salvaguardar su vida o su integridad.

⁶⁴ Ver apartado 7.3 de las consideraciones de la presente sentencia.

de vista constitucional el permitir la suspensión de los servicios de salud a los trabajadores dependientes en eventos de mora patronal, bajo el argumento de que la carga de la prestación del servicio se trasladaba al empleador, excepto en los casos en los que el empleador no pudiera prestar el servicio requerido. En la Sentencia C-800 de 2003, además de indicar que tampoco se podrán suspender los servicios del POS en casos de mora patronal cuando se esté prestando al trabajador o sus beneficiarios un servicio cuya interrupción puede afectar gravemente su vida e integridad, al declarar la inexecutable de la expresión “hasta por un período de seis (6) meses verificada la mora”, en la práctica introdujo una prohibición de suspensión de los servicios del POS a los trabajadores dependientes ante la mora patronal.

2.5.4. La jurisprudencia relativa a las obligaciones de aceptabilidad: vigilancia y control estatal

Finalmente, en el tema de aceptabilidad de los servicios de salud, la Corte se ha pronunciado en sede de constitucionalidad principalmente sobre el deber estatal de vigilancia y control para la adecuada prestación del servicio.

Una de las primeras ocasiones en las que se ocupó de este asunto fue en la Sentencia C-559 de 1992,⁶⁵ en la que declaró exequibles los artículos 2.º literal a) parcial y párrafo; 3.º literal p); 4.º literal a) parcial; 7.º literales e) y ll); y 20 literal f) parcial del Decreto Ley 1472 de 1990, relativos al sometimiento de las cajas de compensación familiar a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud.

En este fallo, la Corporación consideró que de acuerdo con la Carta Política es obligación del Estado vigilar y controlar la prestación del servicio de salud con el fin de lograr los cometidos del Estado Social de Derecho, y en segundo término, que dado que la Superintendencia de Subsidio Familiar no ejercía vigilancia sobre las actividades de las cajas de compensación familiar relacionadas con la salud de sus afiliados, era necesario que tal actividad fuera controlada y vigilada por la Superintendencia Nacional de Salud.

⁶⁵ M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

En 1996, la Corte abordó de nuevo esta cuestión en la Sentencia C-176,⁶⁶ al analizar una demanda formulada contra el literal k) del artículo 1.º de la Ley 10 de 1990, referido a la vigilancia y control que el Estado puede ejercer sobre las empresas de medicina prepagada.⁶⁷

La Corporación declaró que la disposición se ajustaba a la Carta, ya que, entre otras razones, en el campo del servicio de salud la libertad económica de los particulares debe ser interpretada conforme a otras disposiciones constitucionales, las cuales le imponen unas limitaciones adicionales en virtud del principio de solidaridad. En este sentido manifestó:

7- Por todo lo anterior, la Corte considera que el estudio de la legitimidad de la regulación de la intervención gubernamental en la medicina prepagada no puede adelantarse –como equivocadamente lo hacen los demandantes– únicamente tomando en cuenta la tensión que existe entre la protección de la libertad económica y la iniciativa privada (C.P. art. 333) y la consagración de la dirección general de la economía de parte del Estado (C.P. art. 334), pues estamos en frente de una actividad que cae también bajo otras regulaciones constitucionales, que consagran cláusulas específicas de intervención reguladora del Estado. Ahora bien, los artículos 333 y 334 de la Carta consagran principios medulares de la llamada Constitución económica, al proteger la iniciativa privada y consagrar una cláusula general de dirección de la economía por el Estado. Pero se trata de principios generales que pueden ser especificados, o incluso exceptuados, por otras normas especiales de la Carta. En particular, la protección general a la libertad económica –que precisamente por la dirección de la economía por el Estado ya está sometida a limitaciones potenciales más amplias que los otros derechos

⁶⁶ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁷ Según los demandantes, la norma demandada prevé la intervención del Estado en la actividad de las empresas de medicina prepagada, sin señalar la finalidad de la intervención, sus alcances y los límites a la libertad económica que impone –exigencias materiales de las leyes de intervención económica conforme al artículo 150 numeral 21 de la Carta–, de manera que está viciada de una inconstitucionalidad sobreviviente.

y libertades constitucionales, tal y como esta Corporación lo ha destacado en múltiples oportunidades⁶⁸ no puede ser aducida cuando otras normas constitucionales expresamente limitan la iniciativa privada en otras esferas. Así, nadie podría invocar, por ejemplo, la libertad económica para fabricar armas, por cuanto la Constitución veda esas actividades a los particulares. Con lo anterior no se trata de decir que los preceptos sobre la garantía y protección de la libertad económica (C.P. arts. 150 ord. 21 y art. 333) no son pertinentes en este caso, sino de señalar que sus mandatos en relación con la medicina prepagada deben ser interpretados en consonancia no solo con la norma general de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 333) sino también tomando en consideración las disposiciones relativas a la inspección de las profesiones (C.P. art. 26) y a la intervención estatal en el servicio público de salud (C.P. arts. 49 y 365) y en el manejo de recursos captados al público (C.P. arts. 150 ord. 19 literal d) y 335), pues la Constitución debe ser interpretada como una totalidad.

En este orden de ideas, para la Corte la intervención del Estado en la actividad de medicina prepagada se fundamenta en que “implica un ejercicio profesional que el Estado debe vigilar (C.P. art. 26) y hace parte del servicio público de salud (C.P. art. 49), cuya inspección, vigilancia y control corresponde al Gobierno (C.P. arts. 49, 150 ord. 22 y 365)”, disposiciones que se pueden enmarcar dentro del principio de solidaridad y como manifestación de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.

Con argumentos similares, en la Sentencia C-731 de 2000,⁶⁹ la Corte declaró la exequibilidad del artículo 98 de la Ley 488 de 1998, relativo al pago de tasas a favor de la Superintendencia Nacional de Salud por las entidades públicas y privadas bajo su vigilancia.

Los demandantes alegaban que la disposición implica un cambio en la destinación de los recursos de la seguridad social en salud, y que la

⁶⁸ Ver, entre otras, sentencias C-265 de 1994 y C-445 de 1995.

⁶⁹ M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

financiación de la superintendencia referida debía hacerse con recursos del presupuesto nacional.

La Corte, por el contrario, sostuvo que la norma se ajustaba a la Carta, por cuanto, en primer lugar, la salud es un servicio público que por mandato constitucional debe prestarse bajo la vigilancia y control del Estado, particularmente del Presidente de la República, por intermedio de la Superintendencia Nacional de Salud. La vigilancia es entonces un elemento del servicio, pues tiende a garantizar su prestación regular, permanente, oportuna y eficiente, así como el uso racional y eficiente de los recursos destinados a su financiación.

En consecuencia, –agregó– las actividades de vigilancia y las que desarrollan las entidades vigiladas en materia de salud integran un todo funcional y operativo. Esa integralidad, sumada a la falta de idoneidad de otros tributos –por su carácter general–, a su juicio fundamentan la decisión legislativa de que sean los vigilados quienes financien las actividades de vigilancia a través del pago de tasas. Sobre este punto expresó:

Es cierto que los recursos que financian la seguridad social constituyen, en su mayor medida, recursos parafiscales, como lo es también que el pago de la tasa por las empresas promotoras de salud supone de hecho una reducción de sus recursos en una proporción igual al valor de aquella. Pero de ello no se deriva la inconstitucionalidad de la norma acusada porque, como se expresó antes, es de la esencia de la prestación del servicio su vigilancia y control; y por ello, constituiría un contrasentido que, de una parte, el artículo 48 en referencia prohíba destinar porción alguna de los recursos de la seguridad social a otras finalidades y, de otra, exigiera en su primer inciso que la seguridad social sea objeto no sólo de la dirección y coordinación, sino también del control por el Estado. Es, por consiguiente, compatible la referida prohibición con la vigilancia y control de las entidades que prestan los servicios de seguridad social.

[...]

De lo expresado se deduce que la prohibición de utilizar los recursos de la seguridad social para fines diferentes, alude a la restricción de su manejo

en programas distintos, así estén dirigidos a satisfacer otras necesidades básicas de similar importancia dentro del plexo de las necesidades sociales, mas dicha restricción no se extiende a las actividades de control y vigilancia que son inherentes al servicio público.

En otras palabras, para la Corte la disposición demandada se ajusta a la Constitución, ya que las actividades de vigilancia y control de la prestación de los servicios de salud hacen parte de la destinación específica prevista por el artículo 48 superior.

En suma, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la vigilancia e inspección estatal sobre la prestación de los servicios de salud es un elemento que integra el servicio mismo, en la medida que tiende a garantizar su adecuada, oportuna y eficiente prestación. Las actividades de vigilancia y control se extienden incluso a las entidades que prestan servicios distintos a los de los planes obligatorios, pues dichos servicios también integran el concepto de servicio de salud y tienen incidencia directa sobre la garantía del derecho a la salud de sus usuarios.

El tema de la vigilancia, control e inspección como elementos de aceptabilidad se compagina con la medicina y los juicios éticos sobre su ejercicio. La Sentencia C-620 de 2008 resolvió los siguientes problemas: 1. ¿Es conforme a la Constitución Política que el legislador haya habilitado a algunos particulares para llevar a cabo juicios éticos relacionados con el ejercicio de la medicina?; 2. ¿Debe darse trámite a una segunda instancia, respecto de la sanción “censura” establecida en el artículo 87 de la Ley 23 de 1981, o permitir que únicamente proceda el recurso de reposición, como prevé esta norma?

Para la Corte, el control disciplinario sobre quienes ejercen la actividad médica garantiza la calidad y eficacia del servicio.

Por eso la Corte plantea, textualmente, como *ratio decidendi*:

El fundamento para la creación del Tribunal Nacional de Ética Médica y de los Tribunales Seccionales en cada departamento, creados mediante los artículos 63 y 67 de la Ley 23 de 1981, se encuentra en el artículo 26 de la

Constitución Política, según el cual las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios a los cuales la ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. En principio, tales colegios son instituciones de origen privado a las cuales el Legislador puede asignar funciones públicas, entre ellas la de conocer de procesos ético-profesionales, como ocurre con el Tribunal Nacional de Ética Médica (artículo 73 de la Ley 23 de 1981), encargado de adelantar procesos de esta índole iniciados por razón del ejercicio de la medicina. Se trata de una función administrativa de carácter disciplinario, sometida a los principios propios del debido proceso administrativo, consagrados en el artículo 29 superior.

Tanto el Tribunal Nacional como los Tribunales Seccionales, creados para ejercer el control disciplinario respecto de la violación de las normas que regulan el comportamiento ético de los profesionales que ejercen la medicina, atienden a la necesidad de garantizar que la actividad médica sea ejercida atendiendo a criterios éticos útiles para censurar comportamientos indeseables o reprochables descritos en la ley, en beneficio de los pacientes, del personal subalterno y paramédico, de los colegas médicos, de las entidades e instituciones vinculadas a la prestación de los servicios médicos y, por ende, en favor del interés general. A ellos el Legislador les ha asignado la función pública de adelantar procesos ético-profesionales, precisando que por este hecho sus integrantes no pueden ser considerados funcionarios públicos, sino que deben ser tratados como particulares encargados de la función de adelantar procesos administrativos de carácter sancionatorio. Dado que los tribunales de ética médica no ejercen actividad judicial, sino que han sido habilitados para adelantar una función administrativa de carácter disciplinario,⁷⁰ el legislador no desconoció lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, según el cual los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad.

⁷⁰ Sentencia C-259 de 1995. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

La Corte, al revisar las condiciones de procedibilidad de una segunda instancia respecto de la sanción de censura prevista en el artículo 83 de la Ley 35 de 1989, estableció que las conductas sancionadas han de relacionarse de manera directa con el ejercicio de la profesión y que las restricciones no deben ser arbitrarias, desproporcionadas o discriminatorias y no pueden implicar imponer un modelo de conducta perfeccionista que desconozca la autonomía personal.⁷¹

Considerando la similitud que presenta la sanción de censura prevista en la Ley 23 de 1981 con la examinada mediante la Sentencia C-213 de 2007, la conclusión ha de ser la misma respecto de la posibilidad de garantizar al sancionado que pueda acceder a una segunda instancia, pues, en el caso que ahora se examina, también están comprometidos los derechos fundamentales al honor y al buen nombre de la persona disciplinada, la cual si bien puede acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa buscando anular la decisión del Tribunal Seccional, no encontrará en este mecanismo una vía eficaz e idónea para la protección de sus derechos. Además se observa una discriminación de la cual son objeto las personas sancionadas con censura frente a aquellas a las que se les impone la sanción de suspensión, pues en éste caso, procede la segunda instancia ante el Tribunal Nacional.

Es importante informar que el derecho fundamental a la salud, especialmente en cuanto se refiere a los procedimientos y medicamentos, está desarrollado en numerosas sentencias de tutela.

2.6. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho al salario⁷²

El elemento básico del trabajo dependiente, el salario, goza también del calificativo de salario digno, que se expresa en una remuneración mínima, vital y

⁷¹ Sentencia C-213 de 2007, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷² En el tema salarial, surge la imperiosa necesidad de conjugar la jurisprudencia constitucional con algunas expresiones de la jurisprudencia de casación y con la jurisprudencia en materia de tutela.

móvil, empleando los calificativos que aparecen en el artículo 53 de nuestra Constitución.

De conformidad con el artículo 127 del C.S.T. el salario es la contraprestación por el servicio, y por ello se debe atender el principio de no desmejora de derechos de los trabajadores, en el sentido de que la remuneración debe mantenerse por lo menos en el valor que tenía al momento de la iniciación de la prestación del servicio en el cargo.

Dentro de los derechos humanos está el de un salario justo y digno. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sirve de fundamento para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en el artículo 7.º reconoce el derecho a un salario equitativo para lograr condiciones dignas para el trabajador y su familia, y en el artículo 12 establece el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. Es decir que es indispensable reconocer y proteger un *salario digno*. Hacia allí debería apuntar la jurisprudencia, pero no siempre lo ha hecho.

2.6.1. Oscilaciones en la Corte Suprema de Justicia

Si se toma la jurisprudencia constitucional únicamente, se encontrarán fluctuaciones. Si colateralmente se analizan algunas sentencias de las salas de Casación Civil y Laboral, surge el “valorismo” como una expresión que, en ocasiones, ha aceptado la Corte Suprema de Justicia.

Sea lo que fuere, vale la pena mencionar:

2.6.1.1. Impedimento constitucional para que los sueldos de los parlamentarios se aumentaran

Se puede afirmar que la Corte Suprema de Justicia durante medio siglo fue muy dura contra la costumbre de los parlamentarios de subirse ellos mismos el sueldo. Claro que en tal época era la misma Constitución la que prohibía tal comportamiento. Se requirió de una reforma constitucional para que hubiere aumento automático. Fueron varias las sentencias que impidieron que los parlamentarios se subieran el sueldo, dentro de la misma legislatura:

El 23 de agosto de 1927, con ponencia de Francisco Tafur, se declaró inexecutable el artículo 3.º de la Ley 50 de 1924 en cuanto a los gastos de representación de los senadores y representantes. El actor consideró que los

gastos de representación equivalían a emolumentos. El artículo 112 de la Constitución de 1886 establecía: “Ningún aumento de dietas ni de viáticos decretado por el Congreso, se hará efectivo sino después que hayan cesado en sus funciones los miembros de la Legislatura en que hubiere sido votado”.

El 28 de febrero de 1935, ponente Jenaro Cruz, se declaró inexecutable la Ley 3.^a de 1933 en cuanto hacía efectivo el aumento de los emolumentos de los senadores y representantes antes de haber cesado en sus funciones.

El 10 de noviembre de 1948, ponente Gabriel Rodríguez, nuevamente se consideró inconstitucional el aumento de gastos de representación para los parlamentarios. Sin embargo, hubo una gran cantidad de salvamentos de voto.

El 30 de noviembre de 1950, ponente Luis Gutiérrez Jiménez, en el mismo sentido, se declaró la inexecutable.

El 15 de diciembre de 1965, con ponencia de Luis Alberto Bravo, nuevamente se declaró inexecutable el aumento de gastos de representación de los congresistas en ejercicio.

2.6.1.2. Ausencia de protección para el salario de los empleados públicos

En ocasiones la Corte Suprema de Justicia fue reacia a la protección del salario de los funcionarios públicos:

El 15 de julio de 1915 (ponente Augusto N. Samper) la Corte no declaró la inexecutable del Decreto 23 de 1915, que redujo los sueldos de los empleados públicos.

El 9 de mayo de 1916, magistrado Angarita, tampoco se declaró la inconstitucionalidad de la Ley 87 de 1915, que rebajó sueldos y pensiones.

El 20 de febrero de 1941 se declaró executable el artículo 3.º del Decreto 1078 de 1940 que rebajó los sueldos de los magistrados del contencioso administrativo. Fue ponente Hernán Salamanca y el argumento fue que la jurisdicción contencioso administrativa no hacía parte del poder judicial.

2.6.1.3. Sentencias que, por el contrario, defendieron el salario

En otras oportunidades el comportamiento fue proclive a la defensa del salario justo:

El 9 de octubre de 1924, ponente Luzardo Fortoul, se declaró inexecutable el artículo 19 del Decreto 1725 de 1915, en cuanto excluía a los empleados interinos del goce del sueldo que concedía la Ley 82 de 1912.

El 12 de noviembre de 1937, con ponencia de Pedro A. Gómez Naranjo, se habló del efecto retrospectivo de las cesantías y de los dictados de la justicia social.

El 15 de enero de 1953, con ponencia de Luis Rafael Robles, se hizo referencia favorablemente a los sueldos y nombramientos de los procuradores delegados.

El 1 de abril de 1966, con ponencia del magistrado Samuel Barrientos Restrepo, se habló del derecho adquirido al sueldo.

El 22 de noviembre de 1967, Julio Roncallo Acosta, se declaró constitucional el artículo 8.º de la Ley 1.ª de 1963 sobre reajuste de salarios.

Particular importancia tiene la Sentencia de 23 de junio de 1981, con ponencia de Oscar Salazar Chaves. El artículo 6.º, acusado, facultaba a los docentes que se encontraban devengando un porcentaje del 25% y 50% por 5 o 10 años de servicio en la primera categoría de primaria, para continuar devengándolo, pero con la salvedad de que fuera “siempre y cuando permanezcan en el grado 2 del nuevo Escalafón Nacional Docente”. La Corte rechazó la norma por inconstitucional y precisó lo siguiente:

A lo anterior se agrega que al establecerse la limitación de que para poder disfrutar de los porcentajes del 25% y el 50% los docentes han de permanecer en un determinado grado del nuevo escalafón, se les está desmejorando, pues no se les permite el ascenso so pena de perder los aumentos de sueldo que ya devengaban, lo cual, en el fondo, viene a ser una modificación no autorizada del régimen respectivo.

La sala no comparte lo expresado por el Procurador General de la Nación en el concepto que rindió en este negocio y en el cual llega a la conclusión de que el aparte del artículo 6.º acusado es executable, basándose en el supuesto de que por hablarse de porcentajes en verdad se habla de salarios, remitiéndose a un “acoplamiento” entre las Leyes 8.ª y 48 de 1979, esto es relacionando directamente el escalafón, cuyas normas podía expedir el

Gobierno con base en la primera, con la fijación de escalas de remuneración a que alude la segunda, porque a juicio de la Corte so pretexto de modificar asignaciones no puede el Presidente de la República afectar las normas sobre el escalafón para cuya expedición la ley de autorizaciones era diferente. En otras palabras, el Gobierno Nacional en la parte acusada del artículo 6.º del Decreto 624 de 1980, dictado en uso de las facultades de que fue investido por la Ley 48 de 1979, profirió actos jurídicos para los cuales no estaba habilitado, o más claro aún al fijar escalas de remuneración tocó temas del escalafón que le estaban vedados, pues para tal fin la autorización estaba consignada en una norma diferente, o sea la Ley 8.ª del mismo año, lo cual evidencia que hubo manifiesta violación del artículo 118-8 de la Constitución y así se decidirá.

2.6.1.4. El valorismo en algunas sentencias de casación

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas oportunidades en relación con la necesidad de actualizar factores salariales, y no falta la jurisprudencia sobre la aplicación del valorismo en contra de la teoría nominalista que no tiene cabida en el campo constitucional ni legal.⁷³

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señala algunos elementos que se deben tener en cuenta para determinar el valorismo:

El nominalismo –se dice– frente a una depreciación desatada, constituye ya un dogma economicista obsoleto, una ficción injusta que afecta el

⁷³ No deja de ser interesante relacionar algunas providencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (no son las únicas), que se refieren el tema de la siguiente manera: en fallos de 24 de abril y 9 de julio de 1979, acudiendo a los principios generales del derecho y de una más actualizada hermenéutica de la ley, se inclinó por aceptar la corrección monetaria de determinadas obligaciones y, por ende, se afirmó la crisis del nominalismo, que hasta entonces aparecía como un principio rector en el Código Civil Colombiano y como una valla infranqueable en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias (Sentencia de 24 de marzo de 1983). Se dijo también: “Pues sobre el particular establece el inciso segundo del artículo 1626 del C.C. que el pago efectivo es la prestación de lo que se debe y para que sea cabal, integro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inciso segundo del artículo 1646 ibídem, cuando dispone que ‘El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban’ ” (Sentencia de 30 de marzo de 1984).

funcionamiento mismo de los contratos, el necesario equilibrio entre las partes, el principio de buena fe, y que propicia el enriquecimiento injusto o incausado, cobra fuerza así el principio del valorismo o realismo, según el cual la obligación dineraria está determinada por el poder adquisitivo de la unidad monetaria, el cual la condiciona.⁷⁴

La lucha del derecho para preservar la equidad frente al fenómeno económico de la creciente devaluación de la moneda, debe darse a nivel legislativo, principalmente, pero también resulta posible y urgente planteado en el campo judicial con base en la evidente equidad y en los principios generales del derecho que deben de ser aplicados a los nuevos hechos.⁷⁵

No deviene de la simple equidad sino de la ley (arts. 1.603 y 1.627 C.C.). Fuentes autónomas del derecho a la exigencia del pago completo de la obligación que, por lo demás, no es arbitrario, pues corresponde a la actualización de la obligación aparejada al índice de devaluación que definitivamente no corresponde a los valores deducidos en atención a la indemnización moratoria a los incrementos legales de algunas prestaciones sociales.⁷⁶

La aludida circunstancia evidencia un fenómeno económico del que no puede sustraerse el derecho del trabajo y de la seguridad social, ni pasar por alto la jurisprudencia, pues hacerlo implica olvidar que las normas del derecho social, al tenor del artículo 1.º del C.S.T., se deben aplicar con criterio de coordinación económica y equilibrio social, que impone, con fundamento en el artículo 8.º de la Ley 153 de 1887 y 19 del C.S.T., el reconocimiento de la indexación porque de no hacerlo se vulnera tal mandato, ya que es indiscutible que el hecho notorio de la inflación terminaría perjudicando, contra la equidad, a una sola de las partes de la relación contractual; el trabajador, que no es el llamado a soportar las negativas consecuencias de ese fenómeno económico, toda vez que él no tiene la posibilidad de tomar las medidas para protegerse del mismo en razón de que su aporte en el contrato

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 18 de agosto de 1992.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Primera. Sentencia 4 de septiembre de 1995.

es su trabajo, situación que no puede predicarse con respecto al empleador, porque este sí tiene o debe de tener el control financiero, así sea relativo, de la actividad donde aquel presta el servicio, motivo por el cual es dable afirmar que es a él quien corresponde prever y asumir las consecuencias de las fluctuaciones económicas, debido a que está en capacidad de tomar las medidas de orden financiero necesarias para resguardarse de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda...⁷⁷

2.6.2. Corte Constitucional. De una posición garantista a un matiz neoliberal en el tema salarial

La jurisprudencia de la Corte Constitucional parte de la base de que el salario es un derecho inalienable, intangible, irrenunciable, y como corolario de lo anterior debe protegerse el salario valor. Al menos esa fue su posición inicial. Para la Corte no tenía sentido romper el contexto de un salario digno porque esto afectaría la estructura de la Constitución, los compromisos internacionales, los derechos de las personas y el avance doctrinal y jurisprudencial. Dentro de este contexto vale la pena resaltar las siguientes sentencias, tanto en constitucionalidad como en tutela:

- a. En la C-710 de 1999 y en la SU-995 del mismo año se señaló que los incrementos salariales son útiles e indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores golpeados por el proceso inflacionario, o para restablecer condiciones económicas de equilibrio.
- b. En la Sentencia T-102 de 1995 se ordenó reajustar salarios en un equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor para el año inmediatamente anterior a aquel en que se fuera a efectuar el reajuste. La decisión se basó en que el salario debe traducirse en un valor adquisitivo, y si este disminuye hay lugar a soluciones jurídicas para readquirir el equilibrio perdido.

⁷⁷ Así razonó la Corte Suprema de Justicia en su Sentencia de casación del 10 de diciembre de 1998, radicación 10939.

- c. La acción de tutela ha sido invocada y ha prosperado en casos de desequilibrio (Sentencias T-102/95, SU-342/95, T-261/97, entre otras), y es particularmente sensible la jurisprudencia a la afectación del mínimo vital; se le ha dado a esta figura una connotación cualitativa y no cuantitativa (T-439/00). Es decir que se le protege al trabajador su salario (por encima del salario mínimo) en la medida en que el trabajador se plantea en la sociedad propósitos razonables para él y su familia (en lo educativo, en la forma de vivir, en la recreación, etc.) y por consiguiente adecua esas metas a su salario, luego esa proyección de la vida digna debe ser protegida por la jurisdicción constitucional.
- d. La Sentencia C-1433 de 2000 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell) planteó la caracterización del salario-valor y consideró que es un deber jurídico el reajuste salarial, lo cual conllevó a un aumento según el índice de precios al consumidor.

Pero posteriormente, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda, la Sentencia C-1064 de 2001 estableció la ponderación para el aumento salarial, es decir una progresión hacia abajo, rompiendo la estructura del salario valor.

Después, la Sentencia C-1017 de 2003 buscó cierto equilibrio y volvió al aumento salarial teniendo como eje el IPC y como fundamento el principio de la progresividad, aunque el aumento según el IPC también se va a ponderar.

2.6.2.1. Principios que gravitan sobre el tema salarial

Es muy difícil, para la jurisprudencia constitucional actual, dejar de lado los principios del salario valor y de la progresividad.

El Convenio 95 de la OIT, ratificado en Colombia por la Ley 54 de 1962, protege el salario hasta el punto de que se impide su embargo o cesión si estos afectan el mantenimiento del trabajador y de su familia. El Convenio 100 de la OIT, al establecer la igualdad de la remuneración sin distinción de sexo, emplea la locución “trabajo de igual valor”, que se traduce en criterio de la Corte Constitucional en “salario valor”.⁷⁸ Resulta de interés considerar

⁷⁸ T-102 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

como elemento de análisis el artículo 8.º de la Ley 278 de 1996, porque si bien es cierto que es la norma que obliga a determinar un salario mínimo legal para que nadie pague en el país una suma inferior, este artículo también indica que el salario debe reajustarse periódicamente, y se refiere al salario mínimo legal. Algunos de los criterios que se deben tener en cuenta para dicha fijación resultan de utilidad para efectos de mantener el poder adquisitivo de la remuneración del trabajador, así el salario sea superior al mínimo. El IPC se constituye en un elemento a destacar (pero no el único) puesto que es la afirmación del Estado de que como periódicamente van a perder capacidad adquisitiva los salarios de los trabajadores, por consiguiente se deben reajustar según determinados parámetros. En este aspecto es central la Sentencia T-102 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

En el caso de los países americanos, el Protocolo de San Salvador ordena la progresividad presupuestal y la destinación hasta el máximo de los recursos disponibles para los derechos sociales; dicho protocolo fue aprobado en Colombia por la Ley 319 de 1996 y revisado por la Corte Constitucional (C-251/97, M.P.: Alejandro Martínez Caballero). El artículo 7.º del Protocolo habla de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, y en cuanto al salario expresamente señala: “Una remuneración que asegure como mínimo, a todos los trabajadores, condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familiares y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”. El sentido y aplicación de las normas sobre derechos sociales, económicos y culturales obedece al principio de progresividad, esto se aprecia en los denominados Principios de Limburgo, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, en junio de 1986. Hay, pues, fundamento para la *progresividad en el salario*.

La política de no aumentar los salarios anualmente o cuando las necesidades lo requieran es inconstitucional. La Ley 4 de 1992 ordenaba el aumento de las remuneraciones en los diez primeros días del mes de enero de cada año y la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la frase “dentro de los primeros diez días del mes de enero”, porque en sentir de la Corporación puede haber lugar a aumento salarial en cualquier momento del año si las circunstancias económicas han afectado el valor del salario (Sentencia C-710 de 1999).

En conclusión, un modelo neoliberal no es el mejor referente para una sociedad con profundos desequilibrios sociales. El contrato de trabajo tiene su propia estructura. La teoría, las normas jurídicas y la jurisprudencia le dan una gran importancia al salario como elemento constitutivo de la relación laboral, pero no a un salario nominal sino a un salario con poder adquisitivo. Solo así se respeta la dignidad de un trabajo decente. No mantener el valor del ingreso proveniente del trabajo asalariado constituye un atentado contra la Constitución, la ley y el orden justo, y da lugar, como es apenas natural, a que los afectados acudan ante la justicia para reclamar su derecho subjetivo a un salario valor.

2.7. Análisis de la jurisprudencia sobre cesantías

La Ley 50 de 1990 estableció un régimen de cesantías muy perjudicial, en comparación con el que existía anteriormente.

Cuando fue demandado el régimen anterior, la Corte Suprema de Justicia lo protegió. Prueba de ello es la Sentencia de 3 de junio de 1976 (ponente José Gabriel de la Vega). Ocurre que la Ley 52 de 1975 estableció para los empresarios privados la obligación de cancelar intereses anuales sobre las cesantías a sus trabajadores. De esta ley fueron demandados parcialmente los artículos 1.º y 3.º. Del primero, la parte que decía: “A partir del 1.º de enero de 1975”. Igualmente se solicitó se declarara inexecutable el artículo 1.º en tanto establecía la obligación de cancelar intereses sobre saldos de cesantías presuntamente causadas antes de la vigencia de la ley; y asimismo se solicitó la inexecutable del artículo 3.º en el sentido en que una ley rige desde su publicación y no desde su sanción. Aunque la demanda, aparentemente, pretendía atacar aspectos secundarios de la ley y no la totalidad de la prestación establecida, de haber prosperado lo pedido, se hubiera entrabado el efecto de la nueva prestación social establecida. En este sentido el fallo es proteccionista. Según la Corte:

Debe repetirse que la Ley 52 de 1975 está en vigencia apenas desde su sanción, esto es, desde el 18 de diciembre de 1975, y que, por tanto, no es aplicable a cesantías derivadas de contratos de trabajo ni a relaciones legales ya extinguidas antes de tal día.

Correlativamente, los contratos de trabajo o las situaciones de derecho que sigan vigentes a partir de la sanción de la ley, y por lo mismo, sean generadores de los créditos de cesantía a que antes se hizo referencia, sí causan intereses, sin quebranto del artículo 30 de la Carta. [...]

Si, conforme al artículo 1.º, se debe tomar el primero de enero de 1975 como punto de partida para determinar tales intereses, esto se explica por tratarse de réditos anuales, que deben de liquidarse sobre los saldos de cesantías existentes en 31 de diciembre de cada año, de suerte que la primera anualidad se encuentra comprendida entre las dos fechas mencionadas, sin que por ello el hecho viole el artículo 30 de la Carta, o de él pueda inferirse, como lo hace la demanda, que deban pagarse intereses sobre cesantías correspondientes a contratos de trabajo o vínculos laborales extinguidos antes de regir la Ley 52. Como se ha dicho, el auxilio de cesantía se hace de pago obligatorio a la terminación del contrato, por regla general, y excepcionalmente, en casos de liquidación parcial. Nada se opone a que la ley haya adicionado el derecho referido a favor de los trabajadores con los intereses que se fijaron por ella, teniendo en cuenta un periodo anterior, y para resultados futuros. Por razones al parecer de carácter económico y práctico, el Legislador sólo tomó una primera anualidad de medida temporal para liquidar intereses sobre los saldos de cesantías provenientes de contratos o relaciones en vigor en 31 de diciembre de 1975, o sea después de la vigencia de la ley, y los demás, el 31 de diciembre de los años sucesivos. Por consiguiente, las cesantías causadas entre el 18 y el 31 de diciembre de 1975, como todas las posteriores a la sanción de la ley, según varias veces se ha declarado, dan lugar a intereses.

Las disposiciones comentadas, se reitera, no son retroactivas ni desconocen ningún texto de la Constitución. Encajan desde todo punto con los términos del artículo 30 C.N.

2.8. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho de asociación

El derecho de asociación sindical y la libertad sindical aparecen en Convenciones de la OIT, aprobadas por Colombia, en la Constitución Política y en leyes vigentes.

En cuanto a la jurisprudencia, se puede decir, examinadas las sentencias de constitucionalidad, que la Corte Suprema de Justicia no produjo algo que permita integrar una línea jurisprudencial, y la Corte Constitucional no ha hecho gala de su garantismo en este tema. Se limita a dar explicaciones sobre las normas internacionales, resalta que la libertad sindical no es un derecho absoluto, soslaya el carácter dinámico del derecho colectivo y, so pretexto de la igualdad, afecta a los sindicatos mayoritarios.

No obstante lo expresado anteriormente, vale la pena informar sobre algunos de los fallos.

En la Sentencia C-377 de 1998 se hace la revisión oficiosa a la constitucionalidad de la Ley 411, por medio de la cual se aprueba el “Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”, adoptado en la 64.^a reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1978. La Corte concluye que el “Convenio 151 se ajusta a la Carta”, lo declara executable. En ese mismo orden de ideas, la Corporación considera que es igualmente constitucional la Ley 411 de 1997 bajo revisión, la cual se limita a aprobar el texto de este instrumento internacional (artículo 1.º) y a señalar que sus normas solo obligarán al país cuando se perfeccione el respectivo vínculo internacional (artículo 2.º), lo cual concuerda perfectamente con los principios generales del derecho de los tratados (C.P. artículo 9.º). En dicha Sentencia se hace gala de la teoría del discurso, y la parte motiva del fallo es muy extensa para demostrar que existe una transparencia argumentativa. En la parte motiva se señaló lo siguiente:

11- La Corte no encuentra ninguna objeción a esas disposiciones, pues la Constitución reconoce claramente el derecho de asociación a los servidores públicos, obviamente con las limitaciones establecidas por la propia Carta en relación con los miembros de la Fuerza Pública (C.P. art. 39). Por ende, como la Carta no pretende consagrar derechos de manera puramente retórica sino que los incorpora al ordenamiento para que sean eficazmente protegidos y garantizados por las autoridades, es obvio que el reconocimiento del derecho de asociación para los servidores públicos implica que estos trabajadores gozan también de todas las otras garantías que son

consustanciales al ejercicio de ese derecho, como es el amparo contra actos de discriminación antisindical, la protección de la independencia de las organizaciones sindicales y la necesaria concesión de ciertas facilidades a los representantes de la misma [...].

12- Por todo lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de los artículos 4.°, 5.° y 6.° del convenio revisado. Con todo, esta Corporación considera necesario efectuar la siguiente precisión: una interpretación sistemática de esas disposiciones, junto con el artículo 1.1., que señala que corresponde a la legislación nacional determinar si los beneficios del convenio se extienden a los empleados de autoridad y de alta confianza, permite concluir que los Estados que ratifican el presente tratado no están obligados a reconocer el derecho de asociación a estos servidores públicos. En ese orden de ideas, como la Corte está declarando exequibles esas disposiciones, podría entenderse que esta Corporación está indicando que, conforme a la Carta, esos trabajadores carecen del derecho de asociación. Pero ello no es así, pues el artículo 39 sólo excluye del derecho de asociación a los miembros de la Fuerza Pública, por lo cual se entiende que el resto de servidores públicos gozan de ese derecho, aun cuando el ejercicio del mismo podría tener ciertas limitaciones en aquellos funcionarios que ejercen autoridad o son de confianza, con el fin de proteger no solo un idóneo ejercicio de la función pública sino incluso para asegurar la propia autonomía de estas asociaciones de trabajadores. Esto justifica, por ejemplo, que los empleados públicos de dirección puedan ser excluidos del fuero sindical, tal y como esta Corporación ya lo había señalado, puesto que estos servidores “encarnan la autoridad estatal y personifican de manera directa los intereses que el Estado está encargado de tutelar. Sus actuaciones deben, pues, siempre estar informadas por la persecución de esos intereses, los que eventualmente pueden resultar en conflicto con los intereses específicos y particulares que en un momento dado, la organización sindical persiga. (Arts. 2.°, 123 inciso 2.° y 209 de la C.P. *Ibidem*, Consideración de la Corte 6.2.4).

Respecto a la determinación de las condiciones de empleo en el sector público y la solución de conflictos (artículos 7.° y 8.°), agregó la Corte Constitucional que deben existir mecanismos para la solución pacífica y consensual:

15- Para analizar la constitucionalidad de estos artículos, la Corte considera que es necesario distinguir la situación de los trabajadores oficiales y aquella de los empleados públicos. Así, en relación con los primeros, esta Corporación no encuentra ninguna objeción a esas disposiciones del convenio bajo revisión, ni a los criterios de la recomendación, pues armonizan con los principios y valores constitucionales. Así, el artículo 55 de la Carta garantiza genéricamente el derecho a la negociación colectiva de todos los trabajadores, por lo cual los trabajadores oficiales se encuentran incluidos. Es cierto que esa norma autoriza a la ley a establecer excepciones, pero esto no implica que el Congreso tiene una facultad libre para regular este tema, ya que la posibilidad de limitar el derecho a la negociación colectiva debe ser interpretada en forma sistemática, de conformidad con las otras disposiciones constitucionales. Ahora bien, el artículo 56 superior sólo restringe la huelga en los servicios públicos esenciales, lo cual significa, *a fortiori*, que la negociación colectiva solo puede ser limitada en esos campos económicos, pues no tendría sentido que unos trabajadores pudieran decretar la huelga pero no pudieran adelantar negociaciones colectivas, ya que las interrupciones del trabajo son consecuencia de un intento frustrado entre empleados y patronos de llegar colectivamente a un acuerdo sobre las condiciones de trabajo. Pero es más, conforme a la Carta, todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones que los afectan y es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos laborales colectivos (C.P. arts. 2° y 55). Por ende, conforme a las anteriores disposiciones superiores, es claro que resulta compatible con la Carta que se prevean mecanismos para que los trabajadores oficiales efectúen peticiones y adelanten procesos de negociación con las autoridades, con el fin de llegar a acuerdos sobre las condiciones de empleo. En ese mismo orden de ideas, es natural que, en caso de que estos convenios no se logren, se establezcan mecanismos para dirimir de manera pacífica y consensual la disputa, ya que de esa manera se fomentan las buenas relaciones laborales, tal y como lo ordena la Carta. (C.P. arts. 55 y 56).

Continúa la sentencia hablando sobre mecanismos de democracia participativa, pero sin la contundencia que, por ejemplo, ha tenido la OIT en observaciones frente al gobierno sueco o al gobierno colombiano (observaciones hasta ahora provisionales). Dice la Corte:

Sin embargo, la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a participar en las decisiones que puedan afectarlas (C.P. art. 2.º). Además, en materia de conflictos de trabajo, la Carta establece que es deber del Estado promover la concertación y otros medios de similar naturaleza para la solución pacífica de esas controversias (C.P. art. 55). Nótese que esta última norma no distingue, lo cual significa que el deber del Estado de fomentar una solución concertada se predica de todos los conflictos laborales. Conforme a lo anterior, los empleados públicos tienen derecho a participar, en alguna forma, en la definición de sus condiciones de trabajo, puesto que se trata de determinaciones que indudablemente los afectan. Igualmente, en desarrollo del mandato del artículo 55 superior, es deber del Estado promover la concertación también en caso de que ocurra un conflicto colectivo en relación con los empleados públicos pues, como se dijo, la Carta consagra una obligación estatal general. Por ende, la decisión de excluir a los empleados públicos de los beneficios propios de la negociación (artículos 7.º y 8.º de la Convención bajo revisión), no parece adecuada, pues no solo desconoce el derecho de estos servidores a participar en alguna forma en decisiones que los afectan significativamente sino que, además, restringe indebidamente la obligación estatal de promover una solución concertada y pacífica de todos los conflictos laborales. En tales circunstancias, y en virtud del principio hermenéutico de armonización concreta o de concordancia práctica, según el cual siempre se debe preferir aquella interpretación que permite satisfacer simultáneamente las normas constitucionales en conflicto, la Corte entra a analizar si es posible hacer compatible la facultad que tienen las autoridades de señalar unilateralmente las condiciones de trabajo de los empleados públicos con el deber del Estado de promover la solución concertada de los conflictos laborales y con el derecho de los empleados públicos a participar en estas determinaciones.

17- La Corte encuentra que esa armonización es posible, por cuanto la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de trabajo y los emolumentos de los empleados públicos en manera alguna excluye que existan procesos de consulta entre las autoridades y los trabajadores sobre esta materia, y que en caso de conflicto, se busquen, hasta donde sea posible, soluciones concertadas, tal y como lo establece el artículo 55 superior. Esto significa que nada en la Carta se opone a que los empleados públicos formulen peticiones a las autoridades sobre sus condiciones de empleo y las discutan con ellas con el fin de lograr un acuerdo en la materia, lo cual implica que el derecho de negociación colectiva no tiene por qué considerarse anulado. Sin embargo, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores oficiales, que tienen un derecho de negociación pleno, la búsqueda de soluciones concertadas y negociadas no puede llegar a afectar la facultad que la Carta confiere a las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo. Esto significa que la creación de mecanismos que permitan a los empleados públicos, o sus representantes, participar en la determinación de sus condiciones de empleo es válida, siempre y cuando se entienda que en última instancia la decisión final corresponde a las autoridades señaladas en la Constitución, esto es, al Congreso y al Presidente en el plano nacional, y a las asambleas, a los concejos, a los gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales, que para el efecto obran autónomamente. Con esa misma restricción, es igualmente legítimo que se desarrollen instancias para alcanzar una solución negociada y concertada entre las partes en caso de conflicto entre los empleados públicos y las autoridades.

20- La Corte no encuentra ninguna objeción a esas disposiciones, las cuales, tomando en cuenta las particularidades que tienen los procesos de aprobación, ratificación y denuncia de los convenios de la OIT, armonizan con los principios que en esta materia rigen en el derecho internacional y que han sido aceptados por Colombia (C.P. art. 9.º).

A su vez, en la Sentencia C-161 de 2000, al examinar la Ley 524 de 1999 y el Convenio 154 de 1981, que también declaró exequibles, expresó

la Corte Constitucional los mismos argumentos expresados en la Sentencia C-377 de 1998.

Por su parte, la Sentencia C-110 de 1994⁷⁹ ya había hecho unas precisiones en la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 58 de la Ley 50 de 1990, 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto al derecho de asociación de los servidores del Estado. La Corte declaró exequibles los artículos 414 del Código Sustantivo del Trabajo y 58 de la Ley 50 de 1990, mediante el cual se adicionó el 414 del mismo estatuto. Declaró exequible el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que la frase “aun cuando no puedan declarar o hacer la huelga” únicamente es aplicable a los sindicatos de trabajadores oficiales que laboren para entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales. Estas fueron algunas razones de la decisión:

Ningún motivo de inconstitucionalidad se advierte en el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo, a cuyo tenor el derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía –es decir los integrantes de la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución–.

Ello resulta razonable si se considera que allí están consagrados los objetivos básicos perseguidos por toda asociación sindical, pero teniendo en cuenta que tales servidores tienen a su cargo el ejercicio de la función pública en sus distintas modalidades y la prestación de los servicios públicos. En eso se diferencian de los trabajadores privados.

La norma no viola la Constitución por cuanto se circunscribe a definir –dentro del campo de aplicación que la Carta prevé e inclusive con idéntica limitación a la contemplada en ella– cuál es el ámbito personal del derecho de asociación en sindicatos de trabajadores, es decir, mediante el precepto se señala quiénes pueden constituirlos. Si, como arriba se expresa, el Constituyente no introdujo entre los servidores del Estado distinción alguna en punto de la asociación sindical, aparte de la relacionada con la Fuerza

⁷⁹ M.P.: José Gregorio Hernández.

Pública, es necesario concluir que el Legislador quedó facultado a la luz de la normatividad superior –lo estaba inclusive antes de la Carta del 91– para disponer en forma expresa que el indicado derecho cobija a todos los trabajadores del servicio oficial con la excepción dicha.

La misma decisión se adoptará en cuanto al artículo 416 –con las salvedades que hace la sentencia– y en lo que toca con el 58 de la Ley 50 de 1990. Tampoco puede considerarse que hay novedad cuando la sentencia en mención agrega:

La negociación colectiva en el caso de los servidores públicos

El artículo 415 del Código en mención, íntimamente relacionado con el que se demanda, tiene por objeto garantizar a los trabajadores organizados que sus representantes serán oídos y atendidos por las autoridades y en especial por sus superiores jerárquicos cuando representen, en juicio o fuera de él, los intereses económicos comunes o generales de los agremiados y cuando presenten memoriales respetuosos que contengan solicitudes relativas al interés colectivo de los afiliados, reclamaciones sobre el trato de que haya sido objeto cualquiera de ellos en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo.

Sin esta garantía de índole legal, que tiene sustento en el derecho constitucional de asociación sindical y en las necesidades que él busca satisfacer, sería completamente inútil la organización de sindicatos y se haría vano el esfuerzo de los trabajadores al constituir organismos que precisamente tienen por función la de servir como canales de comunicación con las autoridades y con los patronos, en este caso oficiales.

Pues bien, el artículo 416 acusado plasma normas relativas a la presentación de pliegos de condiciones, celebración de convenciones colectivas, declaración y ejercicio del derecho de huelga, con todo lo cual da desarrollo práctico al derecho constitucional de asociación sindical y al de negociación colectiva y complementa la enunciada garantía plasmada por el artículo 415 del mismo Código Sustantivo del Trabajo.

De acuerdo con la norma, los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas. En cambio, los sindicatos de trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga. La disposición legal parte de la distinción, introducida de tiempo atrás en el Derecho Laboral colombiano, entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Mientras los primeros tienen establecida con el Estado una relación legal y reglamentaria, los segundos están vinculados al servicio público mediante contrato que se rige por normas especiales. Según el artículo 5.º del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Al tenor del mandato legal, en los estatutos de los establecimientos públicos habrá de precisarse qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. La misma norma señala que las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales. Los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Cabe anotar que esta diferenciación, también plasmada en las leyes 3.ª y 11 de 1986 (artículos 13 y 42, respectivamente), para los niveles departamental y municipal, está hoy incorporada al propio texto constitucional, pues el artículo 123 de la Carta, en su primer inciso, señala: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los *empleados y trabajadores del Estado* y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. [Énfasis de la Corte.]

Últimamente, son dignas de mención las sentencias C-063, C-617, C-674 y C-734, todas ellas de 2008, en cuanto insisten en que la autonomía sindical no tiene carácter absoluto.

- a. En la Sentencia C-617 de 2008 el problema jurídico planteado era el siguiente: ¿desconoce el artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo la autonomía de los sindicatos, al enumerar una serie de materias, como contenidos mínimos, que deben hacer parte de los estatutos de las organizaciones sindicales?

La Corte declaró la exequibilidad de dicho artículo, y presentó como *ratio decidendi* lo siguiente:

Si bien, el derecho de las organizaciones sindicales “para crear su propio derecho interno”⁸⁰ o, en términos del Convenio 87 de la OIT, para “redactar sus estatutos y reglamentos administrativos”, configura parte de la autonomía sindical no significa que esté vedada toda participación del legislador en la regulación de asuntos atinentes a los estatutos del sindicato o a los reglamentos administrativos, ni que deba garantizársele a la organización sindical el desarrollo directo de los textos constitucionales o de los convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad sin ninguna clase de intermediación legislativa.

La prohibición que el Convenio 87 de la OIT dirige a las autoridades públicas de intervenir para limitar el derecho a la asociación sindical o para entorpecer su ejercicio legal, busca proteger el ejercicio “legal” del derecho, lo cual supone que no está excluido su desarrollo legislativo. De esta manera, se reconoce que el legislador cuenta con un margen de regulación respecto del derecho a la asociación sindical. La autonomía de los sindicatos para redactar sus estatutos no está, por lo tanto, exenta del desarrollo legislativo. Lo cual implica a su vez, que la reglamentación realizada por el legislador, está supeditada a que las limitaciones que introduzca “no pueden, afectar lo que se considera el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que la desnaturalicen o impidan su normal y adecuado ejercicio”.⁸¹ Al modificar el artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo, el legislador indicó que el sindicato actúa “libremente” en la expedición de sus

⁸⁰ Sentencia C-063 de 2008, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁸¹ Sentencia C-797 de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

estatutos y puntualizó con la expresión “por lo menos”, que la enumeración subsiguiente fija un contenido mínimo y que no pretende establecer un catálogo exhaustivo de materias que inhiba la apreciación que la misma organización sindical pueda tener acerca de los asuntos que merezcan ser regulados en los estatutos. El legislador tuvo en cuenta así el alcance del derecho de la organización sindical para expedir sus estatutos y reglamentos administrativos.

La exigencia de que en los estatutos de las organizaciones sindicales se contemplen algunos aspectos básicos no resulta desproporcionada o irrazonable y tampoco desnaturaliza el derecho a dictar los estatutos, ni impide su normal y adecuado ejercicio. Estos contribuyen, en cambio, a la identificación de la organización sindical, que es lo mínimo que ha de estar incluido en los estatutos. Respecto a otros aspectos que el artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo contempla, esta norma se limita a enunciarlos de manera general, sin entrar en detalles o imponer la forma específica como deberían ser regulados. La enumeración general de materias que esta disposición contiene no se revela contraria a la Carta ni al Convenio 87 de la OIT. El señalamiento general de unas materias que deben ser previstas y reguladas en los estatutos, constituye además una garantía para los afiliados al sindicato y para la misma organización sindical y permite contar con una especie de estructura aplicable a todos los estatutos sindicales, sin perjuicio de un alto grado de flexibilidad que hace posible una regulación no interferida por las autoridades públicas.

En consecuencia, el artículo 362 del Código Sustantivo del Trabajo, señala en forma proporcionada y razonable, unas pautas generales que no vacían de contenido al derecho a la autonomía que tienen los sindicatos para redactar sus estatutos, y por lo tanto no desconoce este derecho. Esta disposición se ajusta así a la Constitución y al Convenio 87 de la OIT, con lo cual se ha de declarar su exequibilidad.

- b. La Sentencia C-674 de 2008 habla de las limitaciones a la libertad sindical y de la democracia interna dentro de la organización de los trabajadores. Analizó los siguientes problemas jurídicos: ¿viola el derecho a la autonomía

sindical y la garantía de no injerencia del Estado en las decisiones internas de los sindicatos, el establecer atribuciones exclusivas a la asamblea del sindicato, un número mínimo de reuniones al año, el quórum deliberatorio de la asamblea general de afiliados de las organizaciones sindicales y una excepción a dicho quórum? ¿En qué sentido puede entenderse el derecho a la asociación sindical como derecho subjetivo? ¿Cómo irradian los principios democráticos de participación el ejercicio de la libertad sindical? ¿Qué alcance tiene la garantía de espacios de inmunidad de las organizaciones sindicales frente al Estado?

La razón de la decisión aparece en varios argumentos que, de acuerdo con la Corte, son los siguientes:

- La Sentencia C-465 de 2008 comparó el artículo 370 con el artículo 39 de la Constitución y el Convenio 87 de la OIT, y determinó que el legislador no puede sujetar la entrada en vigencia de las reformas a los estatutos del sindicato a su registro o depósito en el Ministerio de la Protección Social, puesto que las decisiones de la asamblea adquieren vigor para los miembros del sindicato desde el mismo momento de su aprobación. Dado que dicho depósito cumple solamente funciones de publicidad y no de control previo por parte del Ministerio, se declaró la exequibilidad condicionada del artículo cuestionado.
- El derecho a la asociación sindical tiene tanto el carácter de derecho subjetivo⁸² respecto de cada afiliado que puede protegerse en forma individual, como el de garantía a la persona jurídica sindical que impide la intromisión arbitraria de las autoridades públicas y de otros particulares.⁸³ Así, el artículo 39 superior consagra los principios generales de libertad para la creación y permanencia de las asociaciones sindicales y el de autonomía de las mismas en su organización, composición,

⁸² Al respecto: sentencias T-441 de 1992, C-385 de 2000, T-329 de 2005, T-953 de 2005, T-1178 de 2004 y T-979 de 2004, entre otras.

⁸³ Sentencias T-005 de 1997, T-568 de 1999, T-510 de 2002, T-509 de 2005, T-072 de 2005 y T-359 de 2005.

estructura, pluralismo, gestión administrativa y financiera. Autonomía que se concreta en formas como las señaladas en el artículo 3.º del Convenio 87 de la OIT: redacción de estatutos y reglamentos administrativos; elección libre de representantes; organización de la administración y actividades y formulación de programas de acción. La autonomía e independencia del sindicato se garantiza y sus derechos se protegen, además, por medio de la prohibición al Estado de interferir arbitrariamente en las decisiones sindicales.

- Del artículo 39 de la Constitución, el Convenio 87 de la OIT y los artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se deriva que los miembros de las organizaciones sindicales son sujetos de derecho libres para crear organizaciones y decidir sobre su afiliación a las mismas, autónomos para autorregularse, e independientes⁸⁴ –debido a la inmunidad de la que gozan frente a la intervención e intromisión arbitraria de las autoridades y de los particulares–. Ellos se encuentran sujetos al imperio de la ley y la Constitución, lo cual se justifica debido a que la eficacia normativa de los derechos fundamentales también se impone frente a los particulares,⁸⁵ y a que la libertad sindical no es absoluta sino que está limitada por las reglas necesarias y razonables para proteger los principios democráticos.⁸⁶ La protección de la libertad sindical no significa que sea imposible establecer restricciones para reducir el alcance de la protección, pues este derecho puede ser limitado mientras no se haga imposible su ejercicio, se anule o desnaturalice su núcleo esencial. La limitación de los derechos sindicales es por ello válida únicamente cuando las medidas adoptadas se dirijan razonable y proporcionalmente a concretar los principios democráticos.

⁸⁴ Al respecto: Sentencias C-385 de 2000, C-797 de 2000, C-449 de 2005, C-043 de 2006, C-449 de 2005, C-311 de 2007 y C-1188 de 2005, entre otras.

⁸⁵ Sentencias T-329 y T-331 de 2005 y T-1189 de 2003.

⁸⁶ C-201 de 2002, T-270 de 2004 y T-1328 de 2001, entre otras.

- Debido a que en el marco de la democracia participativa las decisiones más importantes para la defensa de intereses comunes no solo se ejercen mediante los mecanismos políticos tradicionales que se imponen al Estado, sino también con el ejercicio de derechos entre particulares –como el caso del derecho de asociación para crear sindicatos–, la efectividad de los derechos no se garantiza exclusivamente mediante la abstención del Estado, sino también con la consagración de reglas jurídicas que, en principio, son aplicables en las relaciones entre el Estado y los administrados, pero que deben ampliarse a ciertos particulares. Esto con el fin de consolidar efectivamente valores, principios y reglas constitucionales que propendan por la prevalencia de la dignidad humana, el respeto por la diferencia y la búsqueda de la participación y representación en la solución pacífica de las controversias. La propia Constitución señaló el deber de democratizar las relaciones internas al seno de organizaciones particulares con gran relevancia política o social, como lo demuestran los artículos 26, 52, 67, 68, 78 y 107.
- La exigibilidad de la democracia en los sindicatos se deriva así de la propia Constitución. Aunque los principios democráticos de participación limitan la libertad estatutaria y de actuación de las asociaciones sindicales, constituyen una injerencia válida en la autonomía de dichas organizaciones, porque fortalecen la lucha sindical, otorgan legitimidad a las decisiones e imponen el respeto de los derechos de los integrantes de las organizaciones sindicales. Las normas que conforman el bloque de constitucionalidad autorizan estas limitaciones al derecho de asociación sindical, siendo su objetivo el de concretar los principios democráticos que le son inherentes a la actividad sindical. En este sentido se acepta⁸⁷ que la ley puede establecer que, para las decisiones acerca de cuestiones que afecten la existencia misma del sindicato, su funcionamiento o su estructura, sea necesaria la mayoría de los afiliados, si ello busca

⁸⁷ Sentencias C-085 de 2005, M.P.: Jorge Arango Mejía y T-173 de 1995, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

garantizar el derecho de estos a participar democráticamente en la vida de la organización.

- La garantía de espacios de inmunidad frente al Estado con la que cuentan las organizaciones sindicales no equivale, entonces, a una prohibición al Legislador para imponer reglas sobre el respeto de los derechos fundamentales de sus afiliados y la adopción democrática de las decisiones internas exigida por vía constitucional. El derecho de los afiliados a participar en la toma de decisiones trascendentales de la organización y a que su voto tenga la validez de disidencia o de construcción de la mayoría para la ejecución, directa o por medio de representantes, de actividades dirigidas a defender los intereses comunes, es por demás uno de los contenidos más importantes del derecho de asociación sindical en el seno de una sociedad democrática. Los principios democráticos, entre los que se incluyen la libertad, dignidad, igualdad, pluralismo, participación, representación, primacía de la voluntad mayoritaria, respeto por la minoría, prohibición de la arbitrariedad e imparcialidad, entre otros, constituyen un límite razonable y necesario a la autonomía estatutaria y decisoria de los sindicatos. Las restricciones legales del derecho a la libertad sindical resultan únicamente válidas constitucionalmente cuando se dirigen a concretar los principios democráticos y, por lo tanto, a exigir la eficacia normativa de la democracia en los sindicatos.
- Siendo la asamblea general el máximo órgano de las organizaciones sindicales y el escenario propicio de representación y de expresión de la voluntad mayoritaria de los afiliados, constituye por ello la manifestación por excelencia de la democracia en el sindicato. En este sentido, cuando la ley dispone que corresponde exclusivamente a la asamblea del sindicato el cumplimiento de unas funciones y, por lo tanto, excluye la posibilidad de delegarlas a otros órganos, no solamente busca obtener un consenso mayoritario en relación con aspectos fundamentales para la organización sindical, sino también garantizar la transparencia en la toma de decisiones porque evita la concentración y el ejercicio arbitrario del poder.

Las funciones que corresponden, de acuerdo al artículo 376, en forma exclusiva a la asamblea inciden necesariamente en la estructura y funcionamiento de la organización y son por ello trascendentales para el adecuado ejercicio del derecho de asociación sindical. Dado que el reglamento que se impone es obligatorio para todos los afiliados y que el poder de las organizaciones sindicales para darse su propio estatuto o reformarlo hace parte del núcleo esencial del derecho subjetivo de asociación sindical,⁸⁸ resulta no solo necesario, sino también adecuado que la decisión de modificar los estatutos del sindicato sea adoptada por la mayoría de los miembros. La regulación de que las decisiones de fusionar el sindicato con otras asociaciones, de liquidar o disolver el sindicato, o de afiliarse o retirarse de federaciones o confederaciones y la adopción de pliegos de peticiones sean adoptadas únicamente por la asamblea, garantiza que la mayoría de los miembros del sindicato sean los responsables del futuro del mismo. Se expresan así los principios democráticos de participación de los ciudadanos en los asuntos de su interés y la primacía de la voluntad mayoritaria.

Cuando se dispone que solamente le corresponde a la asamblea del sindicato decidir la sustitución en propiedad o la destitución del director, la expulsión de afiliados, la designación de negociadores, la elección de conciliadores y de árbitros, se tocan aspectos estructurales de la organización y funcionamiento del sindicato, al tratarse de los representantes de los afiliados para efectos de la defensa de los intereses comunes. Esta medida garantiza la mayor representatividad y legitimidad de las decisiones mediante la designación de las personas idóneas y pretende evitar la concentración del poder en manos de otros órganos de la organización sindical, lo cual se ajusta a los principios democráticos obligatorios al sindicato. Igualmente, que la fijación de cuotas extraordinarias y la aprobación del presupuesto general no puedan ser delegadas a otros órganos, hace efectivos los principios democráticos de transparencia y de control a la arbitrariedad.

⁸⁸ Sentencias C-797 de 2000, C-311 y C-280 de 2007 y T-1178 de 2004.

“En consecuencia, resulta razonable que la ley señale la exclusividad de la decisión de la asamblea cuando, como en los asuntos examinados, estos sean fundamentales para el futuro de la organización sindical. “(...) La norma impugnada, es entonces, idónea, necesaria, adecuada y proporcionada para garantizar la estructura y funcionamiento democrático de los sindicatos porque exige la participación efectiva y verdadera de sus afiliados...” Por esta razón se ha de declarar la exequibilidad de las expresiones, contenidas en el artículo 376 del Código Sustantivo del Trabajo, que no han sido objeto de pronunciamientos previos.

Al consagrar el artículo 385 del Código Sustantivo del Trabajo el mínimo de reuniones a las que debe convocarse a la asamblea del sindicato, no desconoce la ley la autonomía sindical para regular el número de reuniones porque, a pesar de señalar un mínimo anual, deja un margen de libertad para que los estatutos señalen más convocatorias. Teniendo en cuenta que la asamblea es órgano máximo de la organización sindical y que las relaciones obrero patronales y el sentido mismo de la creación de sindicatos exigen instrumentos que faciliten la mayor participación de las partes, resulta razonable y proporcional que en aplicación del principio democrático de participación, la ley pueda exigir a los miembros de las organizaciones sindicales asistir un mínimo de dos veces al año. De ahí que sea válido limitar la autonomía del sindicato y regular el número mínimo anual de reuniones. El artículo 385 se declara por ello exequible.

- c. En la Sentencia C-734 de 2008 se reitera que la libertad sindical no es absoluta y se señalan limitaciones, así:

El derecho de libertad sindical (artículo 39 de la Constitución) comprende, entre otros aspectos, “la facultad de constituir y organizar estructural y funcionalmente las referidas organizaciones y conformarlas automáticamente como personas jurídicas, sin la injerencia, intervención o restricción del Estado”, y “la inhibición para las autoridades públicas de adoptar regulaciones, decisiones o adelantar acciones que tiendan a obstaculizar el

disfrute del derecho a la libertad sindical”.⁸⁹ Este derecho no es absoluto, porque tal como lo establece la Constitución, está sujeto a que la estructura interna de los sindicatos se ajuste al orden legal y a los principios democráticos (artículos 2.º y 39 de la Constitución). Esto se traduce en el cumplimiento de unos requisitos mínimos, determinados por el Legislador, en desarrollo de los principios y garantías sindicales contenidos en el artículo 39 de la Constitución Política. Adicionalmente, los Convenios internacionales sobre derechos humanos autorizan que por vía legislativa puedan imponerse restricciones a los derechos, cuando sea necesario para la finalidad que persiga, en garantía de “la seguridad nacional, el orden, la salud o moral pública, los derechos y deberes ajenos y, en general el cumplimiento de cualquier finalidad que estime valiosa, siempre y cuando no afecten el núcleo esencial del derecho a la libertad sindical, de modo que lo desnaturalicen o impidan su norma o adecuado ejercicio”.⁹⁰

- d. En la Sentencia C-063 de 2008 se declaró inexecutable el numeral 2.º del artículo 26 del Decreto Legislativo 2351 de 1965, que establecía que la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la contratación colectiva, correspondería al sindicato que agrupara a la mayoría de los trabajadores de la empresa.

La sentencia analiza el objeto de la negociación colectiva:

La Corte ha precisado que el derecho de negociación colectiva no se limita a la presentación de los pliegos de peticiones y a las convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan el fin de regular las condiciones del trabajo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto económico laboral, la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos,

⁸⁹ Sentencias C-385 de 2000; C-797 de 2000, M.P.: Antonio Barrera Carbonell; T-575 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

⁹⁰ Sentencia C-385 de 2000.

así como la consolidación de la justicia social en las relaciones que se den entre los empleadores y los trabajadores.⁹¹

Ahora bien. Son estrechas las relaciones entre los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva, pues como ya lo ha considerado la Corte,⁹² el derecho de negociación colectiva es consustancial al derecho de asociación sindical, en cuanto le permite a la organización sindical cumplir la misión que le es propia de representar y defender los intereses económicos comunes de sus afiliados y hacer posible, real y efectivo el derecho de igualdad, si se tiene en cuenta que dicha organización, por su peso específico, queda colocada en un plano de igualdad frente al patrono.

A continuación, la Corte deja en claro que la negociación colectiva es el género y la convención colectiva es la especie. Por eso precisa:

El Decreto 904 de 1951 dispone que no puede existir más de una convención colectiva de trabajo en cada empresa. Si de hecho existieren varias vigentes, se entenderá que la fecha de la primera es la de la convención única para todos los efectos legales. Las posteriores convenciones que se hubieren firmado se considerarán incorporadas en la primera, salvo estipulación en contrario.

Sigue en firme que solamente se puede firmar una convención colectiva en una empresa. Sin embargo, acude en protección de “otros sindicatos” dentro de la empresa, y para hacerlo acude al test de proporcionalidad que teóricamente hace relación al derecho a la igualdad. Dice la Corte:

Cabe recordar que si bien el derecho de sindicación y el de negociación colectiva son cuestiones diferenciadas, pudiendo admitir este último restricciones, de conformidad con lo previsto en la Constitución, art. 55 y el Convenio 98 de la OIT, el impedimento absoluto a los sindicatos minoritarios,

⁹¹ Sentencia C-161 de 2000, reiterada en las sentencias C-1234 de 2005 y C-280 de 2007.

⁹² Sentencias C-112 de 1993, C-009 de 1994 y C-161 de 2000.

de negociar colectivamente, no atiende los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y vulnera no solo el derecho de negociación colectiva sino también el de libertad sindical, eje fundamental de los derechos de los trabajadores, como pasa a explicarse.

En el caso de análisis, al disponer el legislador que la representación de los trabajadores, para todos los efectos de la negociación colectiva, corresponderá al sindicato mayoritario, hace un reconocimiento al sindicato mayoritario para todos los efectos citados, con lo cual, su finalidad parecería ajustarse a los propósitos constitucionales de garantizar la negociación colectiva tomando una medida que parecería contribuir a su promoción y fomento. Sin embargo, no atiende al principio de proporcionalidad, cuando dicho propósito se lleva a cabo a costa del sacrificio de la autonomía de los sindicatos minoritarios, vulnerándoles sus derechos constitucionales de negociación colectiva y libertad sindical; y afectando además, de manera indirecta, a los sindicatos de industria cuando estos agrupan a la minoría de los trabajadores de una empresa, pues se desfavorece que la negociación colectiva se lleve a cabo por dicha categoría de sindicato y con ello que la contratación colectiva se amplíe a otros niveles.

Claro que la Corte indica que no se trataría de multiplicar las negociaciones y las convenciones en función del número de sindicatos coexistentes, sino de asegurar la participación directa de cada uno de tales sindicatos en las negociaciones. Pero lo curioso es que la sentencia no cita el artículo 13 (derecho a la igualdad) sino que habla del principio de proporcionalidad, que es un test para medir si puede o no establecerse un trato desigual (como es la situación que surge de varios sindicatos y la presencia de ellos en la convención colectiva). Para la Corte tal trato desigual es inconstitucional porque afecta la autonomía sindical. Al acudir al juicio o test de igualdad, o de proporcionalidad, la Corte traslada la desigualdad real de las organizaciones sociales (unas con más afiliados y otras con menos) a la desigualdad propia del derecho laboral; o sea, una relación laboral en la cual el patrono tiene posición dominante sobre el asalariado, que se halla en posición dominada;

de ahí que, en el derecho colectivo del trabajo, para tratar de lograr un equilibrio, entra en juego el sindicato y su respaldo mayoritario de trabajadores. Esta confusión en que incurre la Corte se puede prestar para que el patrono o empleador mantenga su posición dominante, puesto que, en algunas ocasiones, la proliferación de sindicatos es auspiciada por el propio empleador.

2.9. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho de huelga

El otro tema del derecho colectivo del trabajo, el derecho de huelga, consagrado en el artículo 56 de la actual Constitución, tampoco goza de una clara línea jurisprudencial.

2.9.1. Sentencias C-201 de 2002 (garantista) y de 9 de diciembre de 1969 (restrictiva)

La Sentencia C-201 de 2002 decidió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 359 parcial, 379-e parcial, 401 parcial, 405, 406 parcial, 408 parcial y 467 del Código Sustantivo del Trabajo, y contra el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965. El magistrado ponente fue Jaime Araújo Rentería. Hubo aspectos referentes a que la huelga por solidaridad no está prohibida por la Constitución. En efecto:

El tratadista Mario de la Cueva define esta figura como “la suspensión de labores realizada por los trabajadores de una empresa, quienes sin tener conflicto alguno con su patrono, desean testimoniar su simpatía y solidaridad con los trabajadores de otra empresa, los cuales sí están en conflicto con su patrono”.⁹⁵ La finalidad de este tipo de huelga, de acuerdo con la doctrina, reposa en el supuesto de que “al generalizarse una suspensión de labores, los patronos afectados buscarán la forma de evitar que se extienda a ellos y presionarán para que el responsable acceda a las demandas de sus

⁹⁵ Mario de la Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo II, Porrúa, México D.F., 1979, p. 893.

trabajadores”.⁹⁴ Aunque también puede suceder lo contrario, esto es, que se adopten mayores formas de represión contra los empleados en huelga. Ahora bien, la Corte debe decidir si la huelga por solidaridad tiene arraigo constitucional, o si, por el contrario, está prohibida por el artículo 56 de la Constitución Política.

El sentido y alcance del derecho de huelga alcanzó una nueva dimensión a instancias del Constituyente de 1991 dado que, mientras en la Constitución de 1886 el derecho de huelga estaba proscrito para cualquier servicio público, en la actual Carta solo se excluye de su disfrute a los trabajadores de la esfera de los servicios públicos esenciales que determine la ley. Claro es entonces que hoy, por regla general, el derecho de huelga se predica de los trabajadores vinculados a los servicios públicos, a menos que tales servicios correspondan al catálogo de los esenciales por disposición legal, caso en el cual, a pesar de que los respectivos trabajadores se encuentren sindicalizados, el derecho de huelga se halla al margen de su patrimonio jurídico laboral.

Por ello mismo, si el Constituyente consagró la garantía para ejercer el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales –con lo cual se busca garantizar la continuidad de su prestación en atención al interés general que se vería conculcado–, es de entender que también prohijó el ejercicio de sus distintas modalidades o manifestaciones, entre las cuales milita la denominada huelga por solidaridad. Entonces, si este derecho tiene un alcance amplio que en modo alguno sugiere la exclusión de la modalidad en comento, no cabe duda de que tal ejercicio solidario goza de pleno y legítimo sustento constitucional.

Sobre este tema afirmó la Corte Constitucional en Sentencia C-473 de 1994: “Como vemos, el derecho de huelga está en conexión directa no sólo con claros derechos fundamentales–como el derecho de asociación y sindicalización de los trabajadores (C.P. arts. 38 y 39)– sino también con evidentes principios constitucionales como la solidaridad, la dignidad, la participación (C.P. art. 1.º)

⁹⁴ Santiago Barajas Montes de Oca, *La huelga: un análisis comparativo*, UNAM, México D.F., 1983, p. 45.

y la realización de un orden justo (CP art. 2.º)”. En líneas posteriores agregó la Corte: “La Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio”.

En este orden de ideas, se halla cobijada por dicha garantía constitucional, por ejemplo, la huelga que adelanten los trabajadores de una empresa en solidaridad con otros que están en huelga con un empleador distinto, cuando unos y otros se encuentren vinculados a una federación o confederación sindical, u ostenten cualquier otra ligazón que habilite la participación solidaria.

La Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia dictó una sentencia el 9 de diciembre de 1969 relacionada con el derecho de huelga. Vale la pena reseñarla no por lo que resolvió, pues declaró exequible la norma demandada, sino por el salvamento de voto que dejó establecida una posición jurídica de indudable importancia en relación al derecho de huelga.

Resulta que el Congreso de la República expidió la Ley 48 de 1968, y en su artículo 3.º numeral 4.º se estableció lo siguiente:

Si una huelga, por razones de su naturaleza o magnitud afecta de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto, el Presidente de la República podrá ordenar en cualquier momento la cesación de la huelga y que los diferendos que la provocaron sean sometidos a fallo arbitral. Pero el Presidente no podrá tomar esa decisión sin el concepto previo y favorable de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Esta posición guarda armonía con un salvamento de voto, en la época de la Corte Suprema como guardián de la Constitución, el 9 de diciembre de 1969.⁹⁵ Se sostuvo en el salvamento de voto que de acuerdo con el artículo

⁹⁵ La norma fue demandada por el ciudadano Nelson Robles, quien sostuvo que el derecho de huelga en Colombia es de protección estricta y que la excepción a esta protección es la huelga en los servicios públicos. Imponerle el tribunal de arbitramento obligatorio a una huelga porque a criterio del Gobierno afecte gravemente los intereses de la economía nacional en su conjunto, es limitar el ejercicio de este derecho. La Procuraduría, como casi siempre sucede en estos casos, solicitó negar las pretensiones de la demanda porque la norma acusada es constitucional en su integridad. El magistrado Juan Benavides Patrón propuso declarar exequible la norma y así sucedió mediante la Sentencia del 9 de diciembre de 1969. Pero en este caso concreto salvaron voto los magistrados

17 de la Constitución de aquel entonces, “el trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado”. Todos los ciudadanos, excepto los niños y los viejos, tienen la obligación de trabajar, el Estado dicta normas contra los que no trabajan y protege de manera especial a quienes cumplen con esta obligación social. Pero como una excepción al anterior principio está lo señalado en el artículo 18 de la misma Constitución: “Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos”. A renglón seguido se recuerda que la huelga es el cese colectivo de labores, causado por un cierto número de trabajadores que persigue un determinado objetivo; surge como un movimiento de carácter temporal y entraña una cesación en el cumplimiento del deber de trabajar. Se hace una clasificación de las formas que puede adoptar la huelga y se reafirma que la única huelga lícita es la *laboral*, excepto en los servicios públicos, en los que está expresamente prohibida. Se recuerda que las primeras normas que se ocuparon de la huelga fueron las leyes 78 de 1919 y 21 de 1920: “Así, estas dos leyes, la 78 de 1919 y la 21 de 1920 regularon el ejercicio de la huelga; precedieron su declaración de un conjunto de requisitos, como garantía de seriedad y prevención de todo abuso del derecho. Mas no intentaron anular sus efectos, una vez producida conforme a la ley, obligando a las partes al arbitramento, reservado sólo para actividades de servicio público o de interés social”. Se hace una síntesis de las condiciones en que se puede ejercer el derecho de huelga y las circunstancias en que la huelga puede ser declarada ilegal. Vale la pena resaltar cómo el salvamento de voto que se reseña insiste en que el arbitramento obligatorio solamente se justifica para los conflictos que se presenten en los servicios públicos y que no se hayan podido resolver mediante el arreglo directo y la conciliación. Establecido el anterior contexto, el salvamento de voto expresa el argumento central con fundamento en el cual la norma acusada debió ser declarada inexecutable:

1. La reglamentación legal que se acaba de analizar, es la propia del ejercicio del derecho de huelga, que el Constituyente previó. Encaja dentro del

Humberto Barrera Domínguez, José Gabriel de la Vega, Simón Montero Torres, Gabino Pinzón M., conjuez Luis Sarmiento Buitrago, Eustorgio Sarria y Luis Carlos Zambrano.

espíritu y el texto del precepto superior, evitando el abuso, pero sin llegar al extremo de su desconocimiento o anulación. Claro que es susceptible de perfeccionarse con miras a obstar la declaración, construyendo a la necesaria conciliación de los intereses en pugna. Y esto por cuanto la “huelga” al ser considerada como un derecho, se convierte en un medio válido de defensa de los trabajadores.

2. Toda huelga, por lo general, afecta los intereses de la economía nacional como quiera que incide en la producción, distribución y consumo, actividades que le sirven de soporte. La modalidad de la *gravedad* es relativa, y ella no sirve para las decisiones objetivas y justas. Su apreciación es subjetiva *a priori*.

3. Y la participación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es conraindicada y peligrosa para el cumplimiento futuro de su función jurisdiccional. En el fondo, al emitir el concepto de que trata el ordinal 4.º del artículo 3.º de la Ley 48 de 1968, puede haber un prejuzgamiento que la inhabilita para fallar las controversias que suscite el laudo arbitral.

4. Se reconoce que la huelga afecta los intereses sociales; los del empleador, los de los trabajadores, y en general, los de la colectividad. Por ello es necesaria la acción legislativa y la de los demás órganos del Estado en los conflictos entre el capital y el trabajo, tendiente a buscar su solución pacífica, “evitando la brusca declaración de huelga, *pero sin desconocer el derecho de coalición*”. Así lo conciben los autores, entre ellos Walter Linares, a quien pertenecen los anteriores conceptos.

5. Por lo expuesto, la orden gubernamental de cesación de la huelga, en estos casos, a los que se refiere el ordinal 4.º del artículo 3.º de la Ley 48 de 1968, quebranta el mandato constitucional, y por lo tanto es inexecutable.

Finalmente se concluye:

1. La solución justa del problema se alcanza sin mayor esfuerzo de interpretación legal si se hace la indispensable distinción entre “el ejercicio del derecho de huelga” y “sus efectos”. Es claro que, como lo dice el precepto constitucional, la ley puede reglamentar el primero; mas producidos los segundos, o sea la cesación colectiva, legítima, del trabajo, no se pueden

adoptar medidas como las acusadas, que en la práctica vienen a extinguir el derecho de defensa de los trabajadores. Antes de la huelga está bien que se tomen todas las precauciones que el amparo de la comunidad, en sus distintos órdenes, demanda; mas, producida esta, lo único que procede es rodearla de las garantías constitucionales y legales del caso.

2. Para la defensa de los “intereses de la economía nacional” el Gobierno, y en general el Estado, tiene al alcance otros medios, esos sí legítimos, como son los previstos en el artículo 32 de la Constitución: dirección de la economía, intervención en la producción, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados. Un oportuno y sistemático uso de estos medios, uso que en verdad significa un deber de los gobernantes, sirve para proteger esos intereses económicos, y a la vez los intereses de los trabajadores mediante un equitativo régimen de salarios y prestaciones sociales.

2.9.2. Línea temerosa sobre huelga

La misma norma (Ley 48 de 1968, artículo 3.º, numeral 4.º) fue demandada en el marco de la nueva Constitución en 1994, y la solicitud se resolvió mediante la Sentencia C-548 de 1994, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara. La norma nuevamente fue declarada exequible y hoy sigue vigente. La posición de la Corte Constitucional fue la de primero hablar de garantía, para luego restringirla:

De lo anterior se desprende que si bien es cierto el derecho de huelga está garantizado por la Carta Política de Colombia y que como lo ha expresado esta Corte en reiteradas oportunidades, no existen derechos absolutos, es pertinente señalar que cuando se afectan de manera grave los intereses de la economía nacional considerada en su conjunto, pueda el Presidente de la República ordenar la cesación de la huelga a fin de que el diferendo laboral que la provocó sea sometido a fallo arbitral.

Esta sentencia hace parte de una línea poco coherente. Es así como en la C-110 de 1994 se partió de la base de que “a partir de la Carta de 1991,

no todos los trabajadores oficiales tienen prohibida la huelga”. En la Sentencia C-473 del mismo año, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, el verbo rector no es “prohibir”, sino “garantizar”, por eso se dijo al referirse a la norma constitucional: “La lectura de la norma muestra que ella consagra un principio general y una limitación a tal principio. En efecto, el artículo de un lado reconoce y garantiza la huelga mientras que, de otro lado, señala que este derecho no está constitucionalmente garantizado en los servicios públicos esenciales definidos por el Legislador”. En la C-450 de 1995 se dijo que la definición de servicios públicos esenciales no debe ser taxativa sino indicativa, debe ponderarse; el derecho de huelga, según tal sentencia, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios “por el mayor rango que estos tienen”. Aspecto este que se extiende en la Sentencia C-993 de 2000, al expresar: “Dicho de otra manera, el ejercicio de la huelga, que no ha sido reconocido como fundamental, ni es absoluto ni puede reconocérsele una jerarquía superior a otros derechos igualmente reconocidos por la Constitución, como son los de propiedad y libertad de empresa, de los cuales son titulares los empleadores”.⁹⁶

Se nota (salvo en los casos en que fueron ponentes los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Jaime Araújo Rentería) una desconfianza muy marcada respecto a la expresión máxima del movimiento sindical mundial: la huelga.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-696 de 2008, analizó el derecho a la huelga frente al Convenio 87 de la OIT. Respondía a esta pregunta: ¿resulta contrario al derecho de huelga, previsto en el artículo 56 de la Constitución, e indirectamente a los derechos al trabajo y a la negociación colectiva, y al artículo 8.º del Convenio 87 de la OIT, el hecho de que el legislador haya fijado un término de diez días hábiles a partir de la terminación de la etapa de arreglo directo para que los trabajadores decidan entre la huelga o la solicitud de arbitramento? La Corte, al declarar la exequibilidad de los incisos demandados del artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 61 de la Ley 50 de 1990, señaló como razón de la decisión:

⁹⁶ La misma sentencia señala que si la huelga es causada por culpa exclusiva del empleador, se les paga el salario a los trabajadores.

- “El carácter no absoluto del derecho de huelga se explica por la repercusión que su ejercicio puede causar, hasta el punto de que llegue a afectar los derechos y libertades fundamentales de las personas que no son actoras del conflicto”.⁹⁷ De ahí que el artículo 56 de la Constitución haya deferido al legislador la reglamentación del ejercicio del derecho de huelga y la definición de los servicios públicos esenciales en los cuales la huelga no se garantiza.
- El plazo fijado en el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo no se orienta a limitar el derecho de huelga o a obstaculizar su ejercicio, sino que “busca que dentro de las etapas previstas en la ley los trabajadores expresen su decisión de acudir a ese medio de promoción de sus intereses, sin que el término de diez días hábiles fijado por la norma acusada para ese efecto pueda tenerse como irrazonable o desproporcionado, ni comporte una restricción que dificulte el ejercicio del derecho por los trabajadores. Les impone, sí, la carga de obrar dentro de un lapso determinado, pero de ello no se deriva una limitación al ejercicio del derecho de huelga. Tampoco se trata de una decisión arbitraria del Legislador (...) puesto que tiene el objeto de garantizar el adecuado ejercicio del derecho y evitar la persistencia en el tiempo de una situación de indeterminación una vez que se ha agotado sin éxito la etapa de arreglo directo, situación que resultaría contraria al interés de los mismos trabajadores y a elementales consideraciones de seguridad jurídica, que son, precisamente, las que han llevado al legislador a definir las condiciones que deben cumplirse para que sea lícito acudir a la huelga”.

La Corte Constitucional, al estudiar el derecho a la huelga, también analizó temas del conflicto colectivo del trabajo (representación de los trabajadores, arbitramento), en la Sentencia C-691 de 2008. De acuerdo con la Corte:

El derecho de huelga definido en el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo y consagrado en el artículo 56 de la Constitución, si bien esta constitucionalmente protegido, no tiene la calidad de derecho fundamental

⁹⁷ Sentencia C-663 de 2000.

ni carácter absoluto, puesto que precisa una reglamentación legal para ser ejercido⁹⁸ y está prohibido en los servicios públicos esenciales (artículo 56, inciso 1.º). La exclusión del derecho de huelga en una determinada actividad requiere que sea materialmente un servicio público esencial y que formalmente el Legislador la haya calificado de tal.⁹⁹ El análisis de la definición que tome el Legislador respecto de las actividades que constituyen servicios públicos esenciales, corresponde a la Corte Constitucional,¹⁰⁰ el cual se ha de inspirar en el principio de interpretación a favor de los derechos laborales, en este caso, del derecho colectivo de huelga. Para ello se parte de que la calificación de un servicio público como esencial es posible cuando “las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”.¹⁰¹ Dado que este criterio resulta demasiado amplio, se hace necesaria una interpretación restrictiva para no extender de manera inadmisibles el ámbito de restricción del derecho de huelga, tal como advierte la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.¹⁰² De esta manera resulta más adecuada la definición utilizada por este órgano de control de la OIT y el Comité de Libertad Sindical, según la cual constituyen servicios públicos esenciales las actividades “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”.

También, para la Corte Constitucional, el literal g) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo señala que constituyen un servicio público las actividades de “explotación, elaboración y distribución de sal”. Sin embargo,

⁹⁸ Sentencias T-443 de 1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo, y C-432 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁹ Sentencia C-473 de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰⁰ Sentencia C-450 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁰¹ Sentencia C-450 de 1995.

¹⁰² Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Libertad sindical y negociación colectiva*, informe III, parte 4B, párrafo 159, 1994.

a pesar de las numerosas aplicaciones industriales de la sal y de que no existe un sustituto natural para este material, una interrupción temporal de las actividades de explotación, elaboración y distribución de la sal no generaría por sí misma un peligro inmediato para la vida, la seguridad o la salud de la población colombiana. Las actividades en cuestión no constituyen, por ello un servicio público esencial, de tal manera que la prohibición de huelga en dicho ámbito es contraria a la Constitución y será declarada inexecutable. No obstante, se recomienda que en eventos de huelga se regule la exigencia de prestación de un servicio mínimo, debido a que una interrupción prolongada de los servicios de producción y distribución de sal podría generar una crisis e inclusive, de presentarse un desabastecimiento, llegar a afectar directamente los derechos de las personas.

En cuanto a la inhabilidad para ser miembros de tribunales de arbitramento, la Corte dice que abarca las dos formas de aplicación del arbitramento: como mecanismo de solución de conflictos colectivos de trabajo y como forma de resolución de controversias sobre la aplicación o interpretación de las normas laborales. A pesar esta naturaleza distinta, las funciones que cumplen los árbitros tienen carácter de función pública al ser investidos transitoriamente de la facultad de resolver conflictos económicos, o de administrar justicia para solucionar conflictos jurídicos en condición de árbitros.¹⁰³ Debido a que los miembros de un tribunal de arbitramento ejercen funciones públicas, resulta constitucional que se les impida a las personas que hayan sido condenadas a prisión y no hayan sido rehabilitadas actuar como miembros de tribunales de arbitramento. Es razonable que aquellos individuos condenados a prisión y que aún no han sido rehabilitados en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas no puedan asumir funciones de árbitro, debido a la naturaleza de “función pública” que dicho título implica.¹⁰⁴

¹⁰³ Sentencias C-226 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-242 de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara; SU-837 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁰⁴ En este fallo, la parte resolutoria determinó: “1. Estarse a lo resuelto en la Sentencia C-797 de 2000, en la cual se declaró la inconstitucionalidad de las expresiones “mayores de edad” e “y que hayan estado al servicio de éste por más de seis (6) meses, o por todo el tiempo que hubiere funcionado el establecimiento cuando fuere menor de seis (6) meses”, contenidas en el numeral

2.10. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a la educación¹⁰⁵

La Constitución de 1886, en su artículo 41, inicialmente preveía la educación como un servicio público que debía organizarse y prestarse en concordancia con la religión católica. Esta disposición fue modificada por el Acto Legislativo 01 de 1936, que garantizó la libertad de enseñanza. Además, en atención a la calidad de servicio público de la educación, se le otorgó al Estado la suprema inspección y vigilancia sobre los institutos docentes públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la educación y velar por la calidad de la formación de los educandos.

Desde esta perspectiva, la Corte Suprema de Justicia, en la escasa jurisprudencia que abordó el tema, se ocupó principalmente de temas referidos a la competencia del Presidente de la República para la reglamentación de la educación,¹⁰⁶ ya que los servicios públicos eran vistos como típicas actividades administrativas.¹⁰⁷

segundo del artículo 432 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 16 de la Ley 584 de 2000. 2. Declarar inexecutable el literal g) del artículo primero del Decreto Extraordinario 753 de 1956, que subrogó el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo. 3. Declarar exequibles las expresiones “Personas que no pueden intervenir. No pueden ser miembros de tribunales de arbitramento, individuos condenados a sufrir pena aflictiva que no hubieren sido rehabilitados”, contenidas en el artículo 463 del Código Sustantivo del Trabajo. 4. Declarar inexecutable la norma “No pueden ser representantes o voceros de los trabajadores ni de los patronos,” contenida en el artículo 463 del Código Sustantivo del Trabajo. 5. Inhibirse para pronunciarse sobre la expresión “ni conciliadores”, contenida en el artículo 463 del Código Sustantivo del Trabajo. 6. Exhortar al Congreso para que desarrolle el artículo 56 de la Constitución. Es, pues, una sentencia clave en el tema”.

¹⁰⁵ Ya se indicó, anteriormente, que para el análisis jurisprudencial de este derecho se adopta la metodología de las cuatro “aes”.

¹⁰⁶ Por ejemplo, en la Sentencia del 29 de noviembre de 1969, M.P.: Hernán Toro Agudelo, la Corte Suprema de Justicia resolvió dos demandas que versaban sobre el ámbito de regulación que correspondía al Legislador y al Presidente en materia de educación.

¹⁰⁷ En la sentencia del 16 de diciembre de 1969, M.P.: José Gabriel de la Vega, se estudió una demanda contra el parágrafo 4.º del artículo 11 del Decreto Legislativo 1782 de 1954, y contra los artículos 1.º y 2.º de la Ley 141 de 1961, por no prever los títulos obtenidos en cursos por correspondencia como idóneos para el ejercicio de ciertas profesiones. La Corte resolvió la controversia simplemente afirmando que la norma no vulneraba la libertad de elegir profesión u oficio, por cuanto no impedía que se realizaran cursos por correspondencia.

En la Constitución de 1991 la educación es un derecho (artículo 67) que tiene carácter fundamental, y también un servicio público con una función social. La Constitución establece que la educación será gratuita en las instituciones del Estado, y que los particulares podrán fundar establecimientos educativos, en las condiciones que la ley establezca (artículos 67 y 68), consagrando un sistema de educación mixto. Dispone la Ley 115 de 1994 que el servicio educativo será prestado en las instituciones educativas del Estado y que los particulares podrán fundar establecimientos educativos en las condiciones que establezcan las normas pertinentes y la reglamentación del Gobierno Nacional. Frente a las dos modalidades de la educación, la que prestan los particulares sin ánimo de lucro resulta lógicamente asimilable a la educación pública o estatal, por sus fines altruistas que se identifican con los fines estatales o públicos, y no a la educación privada ordinaria, a la cual se contraponen.¹⁰⁸

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de educación no hace nada diferente a desarrollar mandatos constitucionales: competencias, calidad, progresividad, control y evaluación, libertad frente al clericalismo, autonomía universitaria, multiculturalidad e igualdad.¹⁰⁹

Punto básico en materia de educación es la igualdad. Como la educación, después de la Constitución de 1991, se considera un derecho fundamental, se compagina, en ocasiones, con el derecho a la igualdad de oportunidades. Esta ampliación del concepto de educación ha permitido a la Corte Constitucional ocuparse en mayor medida de esta materia. Por eso merece destacarse la Sentencia C-1064 de 2008, que aborda el siguiente problema jurídico: ¿desconoce el principio de igualdad (art. 13 C.P.) el disponerse que en caso de insuficiencia en las instituciones educativas del Sistema Educativo Oficial podrán los

¹⁰⁸ Debido a que los particulares que prestan el servicio de educación con fines de lucro no se encuentran en la misma situación de los particulares que prestan dicho servicio sin fines de lucro, no se cumple el primer presupuesto para efectuar el juicio de igualdad, esto es, la existencia de una situación igual o similar de grupos de personas en relación con un determinado criterio de comparación.

¹⁰⁹ Pese a que la jurisprudencia se preocupa por el *deber ser* de la educación y los parámetros de medición respecto a su *saber hacer*, se aprecia un altruismo que no se atreve a cuestionar la política educativa ligada a los propósitos del mercado.

departamentos, distritos y municipios certificados contratar la prestación del servicio educativo con entidades estatales o privadas sin ánimo de lucro, con exclusión de las entidades privadas con ánimo de lucro (artículo 30 de la Ley 1176 de 2007)?

En palabras de la sentencia:

De acuerdo con el artículo 13 de la Constitución, que garantiza la igualdad de todas las personas ante la ley, el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. Dado que la regla general es la igualdad entre las personas o grupos de personas y que solo por excepción puede dárseles un trato desigual, cuando la ley o la autoridad política otorgan un trato diferenciado deben justificar su decisión en forma objetiva y razonable; de manera que al no existir tal justificación, el trato diferenciado será constitucionalmente ilegítimo y configurará una discriminación. La justificación de un trato diferenciado por parte del legislador requiere la existencia de una situación igual o similar de grupos de personas en relación con un determinado criterio de comparación; el señalamiento de efectos jurídicos diferenciados; la existencia de un fin del trato diferenciado que no sea prohibido por el ordenamiento constitucional y que sea válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales; y que el medio previsto en la norma también sea permitido y válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales; idóneo para la consecución del fin u objetivo; necesario y proporcional en sentido estricto, o sea, que sus beneficios sean superiores a la afectación de los valores, principios o derechos constitucionales.¹¹⁰

A continuación se presenta un recorrido por la jurisprudencia de la Corte en otros aspectos, analizado, como se indicó al estudiarse el derecho a la salud, bajo la calificación que surge de las obligaciones de las cuatro “aes”: asequibilidad, accesibilidad, adaptabilidad, aceptabilidad.

¹¹⁰ Al respecto: Sentencias C-576 de 2004, M.P.: Jaime Araújo Rentería; C-022 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, y T-230 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

2.10.1. La jurisprudencia sobre obligaciones de asequibilidad

La Corte Constitucional ha señalado que si bien el texto constitucional no indica expresamente que exista un deber de al menos mantener actualizados los recursos destinados a la prestación del servicio de educación superior pública, esta obligación se desprende de una interpretación de la Constitución en conjunto con instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. La educación, como derecho económico, social y cultural, se rige por el principio de progresividad, del cual se desprende la obligación de los Estados de ampliar progresivamente los recursos destinados a su garantía.

Por esta razón, la Sentencia C-937 de 2004¹¹¹ declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2.º de la Ley 848 de 2003, “por el cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y la Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1.º de enero al 31 de diciembre de 2004”, bajo el entendido –entre otros condicionamientos– de que el rubro allí mencionado debía incluir las partidas necesarias para mantener, cuando menos, los niveles ya alcanzados de cobertura y calidad del servicio público de educación superior, en los términos de la parte motiva de la sentencia.

En la disposición demandada, el cálculo de los recursos del Presupuesto General de la Nación que serían transferidos a las universidades públicas se había realizado teniendo en cuenta la propuesta del referendo de 2004 sobre congelamiento de los gastos de funcionamiento. Dado que el referendo no fue aprobado, los demandantes alegaban que la limitación de las transferencias a las universidades públicas lesionaba el derecho a la educación.

La Corte consideró que efectivamente existía evidencia histórica de que en el artículo demandado no se había previsto un reajuste ni incremento de las transferencias referidas, por lo cual ordenó al Gobierno Nacional y al Congreso de la República efectuar las adiciones o traslados presupuestales necesarios para mantener al menos los mismos niveles de cobertura y calidad del servicio alcanzados.

¹¹¹ M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Para llegar a esta conclusión, la Corporación se ocupó del principio de progresividad en materia de educación. Precisó que este principio comprende los deberes estatales de i) ampliar el espectro de cobertura real del servicio hasta satisfacer el principio de universalidad; ii) aumentar el número y contenido de las prerrogativas que confiere el derecho, y iii) no adoptar en principio medidas regresivas.

Del mandato de no retroceso, por otra parte, recordó que no se desprende una afirmación del carácter absoluto de los derechos sociales, sino una exigencia de justificación desde el punto de vista de la persecución de objetivos prioritarios de carácter constitucional y de proporcionalidad de las medidas regresivas.

En el caso concreto, la Corte encontró que el congelamiento de las transferencias destinadas a las universidades públicas constituía una medida regresiva desproporcionada, por cuanto, en primer lugar, implicaba una disminución de los recursos destinados al cubrimiento a la educación, y en segundo lugar, pese a que perseguía un fin legítimo desde el punto de vista constitucional –disminuir de manera permanente el nivel de gasto público con miras a reducir en el largo plazo el déficit fiscal–, no existía una argumentación del Gobierno que explicara con claridad la necesidad de la medida para superar el déficit fiscal y tampoco por qué no era posible adoptar otras medidas menos restrictivas del derecho fundamental a la educación.

Así las cosas, la Corte concluyó:

Visto lo anterior la Corte observa que la medida de congelación del gasto social en educación no está constitucionalmente justificada, pues a pesar de que el objetivo de reducir el déficit fiscal es imperioso y relevante a la luz de la Carta, no existe una razón clara que explique por qué esta medida no era excesiva, por qué era necesaria para superar el déficit fiscal de manera que no pudiera ser substituida por otra menos lesiva de los principios constitucionales, en qué medida la cobertura poblacional y la prestación del servicio de educación superior se vería reducida, etc.

A partir de esta sentencia se desprende un mandato de al menos mantener y actualizar los niveles de gasto en materia de educación, para garantizar

cuando menos los mismos niveles de cobertura y las mismas prerrogativas que existían en la vigencia anterior.

2.10.2. La jurisprudencia sobre las obligaciones de accesibilidad

2.10.2.1. Los bonos escolares constituyen límites de acceso al sistema educativo

De acuerdo con la Corte Constitucional, el cobro de bonos escolares por parte de los centros de enseñanza –bien sean públicos o privados– constituye una barrera de acceso al sistema, dado que su pago es previsto por los planteles con carácter obligatorio y como requisito de acceso o permanencia de los alumnos en las instituciones.

Por esta razón, en la Sentencia C-560 de 1997¹¹² declaró inexecutable las expresiones “salvo la excepción contemplada en el inciso segundo de este artículo” y los incisos 2.º y 3.º del artículo 203 de la Ley 115 de 1994, disposiciones que permitían a las instituciones educativas privadas sin ánimo de lucro cobrar bonos escolares como aporte a capital, con destino al proyecto educativo institucional, y preveían un régimen de transición de cinco años para las instituciones privadas con ánimo de lucro que ya vinieran cobrando los bonos.

A juicio de la Corte, si bien los centros de enseñanza pueden adelantar procesos de selección de sus estudiantes, estos deben basarse en la idoneidad intelectual y académica de los candidatos, y no en consideraciones de carácter eminentemente económico.

De otro lado, la Corporación aseguró que los bonos constituyen remuneraciones injustificadas de los servicios educativos, dada su magnitud, y en vista de que la ley prevé mecanismos distintos para este fin, tales como las matrículas y pensiones. En este sentido, precisó la Corte que en el marco de servicios como el de la educación, la autonomía privada debe ceder ante el interés de la colectividad, lo que impone límites mayores a las actividades de los particulares. En particular, en el caso de la educación, estas consideraciones justifican la existencia de un sistema de control de precios. Sobre este punto expresó:

¹¹² M.P.: José Gregorio Hernández.

Pero, desde luego, los pagos que se generen en la prestación del servicio público educativo prestado por particulares, no resultan de un libre juego de la oferta y la demanda, ni pueden establecerse en virtud de una autonomía absoluta o arbitraria por parte de los colegios, pues de una parte está comprometido el derecho a la educación, y de otra un incontrolado aumento de los costos educativos puede llegar a lesionar y aun a frustrar las finalidades del servicio público en contra de la Constitución, además de afectar el conjunto de la economía a través del incremento de uno de los factores más sensibles dentro de la canasta familiar, todo lo cual exige la intervención del Estado, a cuyo cargo se encuentra la dirección general de la política económica, para ubicar el ejercicio de la autonomía privada dentro de los límites del bien común y asegurar el cumplimiento de la función social que corresponde a la educación. De allí que el control de precios en la materia resulte inherente a la conducción del sistema educativo a cargo del Estado y restrinja los alcances de la libertad reconocida a los entes educativos privados, con objetivos tan específicos como los que señala el artículo 334 de la Constitución: racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades, y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

En este orden de ideas, la Corte concluyó que en atención a su falta de justificación, los bonos escolares atentan contra la igualdad de oportunidades de acceso a la educación, razón por la cual para todos los casos debía operar la prohibición general contenida en el inciso 1.º del artículo 203 de la Ley 115 de 1994 respecto a que los planteles educativos puedan cobrar bonos escolares.

Se destaca de esta sentencia el señalamiento por la Corte de que la educación, en su calidad de servicio público, impone límites a la autonomía privada que justifican, entre otras medidas, la adopción de un sistema de control de precios. Tal control busca que la remuneración por el servicio sea razonable y no se convierta en un límite de acceso, como ocurría con los bonos escolares.

2.10.2.2. Trabajo infantil y ciclo de educación obligatoria

La Corte, con fundamento en el artículo 67 superior, ha reiterado que la edad de educación obligatoria es la comprendida entre los cinco y los quince años de edad, razón por la cual del texto constitucional se deriva una prohibición del trabajo infantil de los menores de quince años.

En atención a estos argumentos, en la Sentencia C-170 de 2004¹¹⁵ la Corporación declaró la exequibilidad condicionada i) de la expresión “Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años” y “es obligación de sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza”, contenida en el inciso 2.º del artículo 238 del Decreto Ley 2737 de 1989, siempre y cuando se entendiera que la prestación subordinada de servicios por parte de menores de quince años y mayores de catorce se encuentra sujeta a las condiciones previstas en los Convenios Nos. 138 “Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo” y 182 “Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil” de la OIT; y ii) de la expresión “Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de familia, los mayores de doce años (12) podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo”, de la misma disposición, bajo el entendido de que los mayores de doce años podrán trabajar siempre y cuando se dé estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio No. 138 de la OIT. Las razones de la decisión pueden resumirse de la siguiente manera:

En primer lugar, la Corporación precisó que dado que la admisión en el mundo laboral normalmente implica el abandono de la vida escolar, el trabajo de los menores no puede permitirse hasta tanto ellos culminen el ciclo escolar obligatorio. Esta prohibición, indicó, es una garantía del derecho a la educación de los menores, pues busca promover un ambiente propicio para que ellos puedan asistir regularmente a las aulas y cumplir con sus labores escolares sin el apremio de una jornada de trabajo. En este sentido expresó:

Nótese cómo la admisión al mundo laboral implica la cesación de la obligación escolar, la cual, en ningún caso, podrá ser antes de los quince (15)

¹¹⁵ M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

años de edad, es decir, hasta tanto el menor no cumpla, como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica, tal y como lo dispone el artículo 67 del Texto Superior. Ello tiene como objetivo salvaguardar que los menores puedan asistir normalmente a las aulas de clase y, además, cumplir con sus deberes escolares, sin el apremio de una jornada de trabajo que haga nugatoria su formación personal y su desarrollo psicofísico, alrededor de un ambiente propicio para su crecimiento y progreso equitativo. A este respecto, como lo sostienen los estudios internacionales,¹¹⁴ la equidad, en el acceso a la educación, no solo se mide en la posibilidad de asistir a una aula de clase, sino también en la proporción de conocimientos suficientes que permitan formar excelentes ciudadanos y profesionales, en aras de construir un mejor futuro que permita la lucha mancomunada contra la pobreza y la exclusión social (Preámbulo y artículos 1.º, 2.º y 44 Superiores).¹¹⁵

En segundo lugar, la Corte Constitucional sostuvo que la prohibición constituye también una garantía de permanencia de los menores en el sistema educativo hasta tanto no culminen el ciclo básico de educación.

En tercer lugar, afirmó que el permitir el trabajo infantil bajo el argumento de que existen menores de quince años que deben trabajar para garantizarse el mínimo vital y su propia educación, constituye un traslado del deber de protección de los menores que por mandato constitucional radica en el Estado, a los propios menores, que son los sujetos protegidos. En este sentido, recordó que, según los artículos 44 y 67 superiores, el Estado debe garantizar educación gratuita a los menores y condiciones de permanencia, y no los propios menores. Al respecto, expresó la Corte:

¹¹⁴ Véase: Conferencia Internacional del Trabajo, *Un futuro sin trabajo infantil*, 90.ª reunión, 2002.

¹¹⁵ La Asociación Nacional de Industriales (ANDI), en un estudio realizado sobre el trabajo infantil, sostiene que “la falta de educación y preparación técnica de los niños y jóvenes, les impide a estos acceder a una mejor condición laboral y social en un mundo que exige cada vez más personal calificado...” Véase: *Actividades de la ANDI en materia de erradicación del trabajo infantil*. En: www.iadb.org/sds/doc

No se ajusta a la Constitución la posición de algunos intervinientes, en el sentido de autorizar el trabajo infantil en menores de quince (15) años, bajo la hipótesis de su imposibilidad para acceder al sistema educativo, primordialmente, por la carencia de recursos para asegurar su mínimo vital. Lo anterior, por cuanto los artículos 44 y 67 del Texto Superior le imponen al Estado el deber de asegurar –como primer obligado– el acceso “gratuito” de los menores de edad a la educación y, además, le exigen la adopción de medidas para asegurar su permanencia. De allí que, como se dijo en los fundamentos 15 a 18 de esta providencia, no puede el Legislador asignar a los menores de quince (15) años, la obligación de asumir su propia protección y, por ende, de buscar las condiciones para hacer efectivo su derecho a la educación, cuando es la propia Carta Fundamental, la que le impone al Estado dicha obligación positiva como fin esencial que debe satisfacer el Estado Social de Derecho.

En cuarto lugar, recordó que la normativa vigente dispone que los menores de edad deben preferiblemente asistir a las jornadas diurnas de los planteles, pues las jornadas nocturnas están reservadas para la educación de adultos. Así las cosas, dado que de otro lado el trabajo infantil nocturno está proscrito, concluyó que las normas vigentes –acordes con varios instrumentos internacionales– dificultan que los menores puedan trabajar de forma paralela a sus estudios.

Excepcionalmente, la Corte consideró posible el trabajo de los menores de quince años y mayores de catorce durante las jornadas diurnas que no obstaculicen sus procesos educativos, como los fines de semana, los periodos de vacaciones y las horas diurnas que exceden sus jornadas escolares. Aseguró que los menores entre los catorce y quince años pueden eventualmente trabajar durante estos lapsos, siempre y cuando se reúnan los requisitos previstos por las normas internas (prohibición de trabajos peligrosos o ilícitos, flexibilidad laboral, prohibición de trabajo nocturno y autorización del inspector de trabajo) y por los instrumentos internacionales de protección del menor, como el Convenio 168 de la OIT, que dispone que los menores deben desarrollar trabajos normales y deben contar con autorización de la autoridad competente.

Para terminar, la Corte llamó la atención sobre la obligación del Estado de ir adoptando de manera progresiva medidas para abolir el trabajo infantil de todos los menores de dieciocho años, conforme a sus compromisos internacionales.

Esta sentencia resalta la importancia de la educación para el desarrollo del menor y la necesidad de abolir el trabajo infantil, entre otras razones, para garantizar la permanencia de los menores en el sistema educativo. Para la Corte, la falta de recursos económicos de las familias no puede ser razón para que los menores sean apartados del sistema educativo antes de que culminen el ciclo de educación básico, pues ello significaría desplazar la protección del menor que corresponde al Estado al propio menor, y la obligación de aquel de ofrecer educación gratuita.

2.10.3. Jurisprudencia sobre las obligaciones de adaptabilidad

2.10.3.1. La educación religiosa no puede ser obligatoria

La Corte ha precisado que la educación religiosa en los establecimientos educativos posibilita que los educandos puedan ejercer su libertad religiosa. Sin embargo, como se trata de un elemento que integra una libertad, ha sostenido que la participación en este tipo de formación no puede ser obligatoria para los alumnos.

Con fundamento en estos argumentos, en la Sentencia C-555 de 1994¹¹⁶ la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “religiosos” contenida en el artículo 92 de la Ley 115 de 1994. La disposición demandada señalaba que la formación de los educandos debía incluir aspectos religiosos. Para la Corte, si bien la educación religiosa es presupuesto del ejercicio de la libertad de religión, no puede prescribirse como objetivo de la formación del educando si este la ha rehusado. En este sentido expresó:

El ofrecimiento de educación religiosa en todos los establecimientos educativos, que dispone la norma, es la condición de posibilidad para que toda

¹¹⁶ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

persona pueda elegir “la educación religiosa y moral según sus propias convicciones”. Elegir y recibir libremente educación religiosa corresponde a un elemento constitutivo del núcleo esencial de la libertad religiosa, que sería teórico sino encuentra la suficiente oferta de este tipo de educación. El fin de la norma se encamina a crear los presupuestos de la libre opción religiosa y, desde este punto de vista, no puede ser inconstitucional, en el entendido –que la ley estatutaria precisa con nitidez– de que en todos los establecimientos, públicos y privados, nadie puede ser obligado a recibirla (Ley 133 de 1994, art. 6.º, literal g).

Finalmente, la adecuada formación religiosa, como meta educativa, solo puede erigirse en objetivo digno de ser perseguido para aquellas personas que libremente acepten recibir dentro de su plan de estudios la anotada educación religiosa, no así para quienes la rehúsen. Si existe libertad para inscribirse en esta clase de cursos, no es posible que con carácter prescriptivo general se postule como ideal educativo la adecuada formación religiosa.

En resumen, si bien la Corte estima que la educación religiosa es un elemento que hace parte de la formación integral de los estudiantes, en tanto es un elemento de la libertad religiosa, no puede ser impuesta a los alumnos so pena de desconocer esta libertad.

2.10.3.2. Educación bilingüe

De acuerdo con la Corte Constitucional, la educación bilingüe en los territorios donde la lengua oficial no es el español, es una manifestación del reconocimiento del carácter multicultural de la nación colombiana, una garantía del principio de igualdad y no discriminación, y un mecanismo de protección de la riqueza cultural de la nación.

Con fundamento en esta afirmación, en la Sentencia C-053 de 1999¹¹⁷ la Corte declaró exequible el artículo 43 de la Ley 47 de 1997, relativo a la

¹¹⁷ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

obligación de los docentes de impartir educación bilingüe en San Andrés y Providencia.¹¹⁸

En el fallo, la Corte agregó que la educación bilingüe es una consecuencia lógica del reconocimiento del inglés como lengua oficial del departamento de San Andrés y Providencia. Sostuvo además que no constituye una violación de la libertad de enseñanza, pues esta consiste en la facultad de los docentes de establecer –dentro de ciertos límites– los contenidos de su cátedra, y no de elegir el idioma con el que se comunican con sus alumnos. Por último, indicó que el bilingüismo garantiza que la labor docente sea efectiva. De esta manera, la Corte avaló la constitucionalidad de la exigencia de educación bilingüe en el territorio de San Andrés y Providencia.

Con esta sentencia la Corte da un paso importante hacia la integración en la educación de las necesidades y particularidades de los educandos, y de esta manera, hacia el reconocimiento de la educación no como un proceso de transmisión de conocimientos sino como un verdadero diálogo de saberes.

2.10.4. Jurisprudencia sobre obligaciones de aceptabilidad

2.10.4.1. Profesionalización, carrera y escalafón docente

La Corte Constitucional ha resaltado en numerosos fallos la importancia de la carrera y el escalafón docente como garantía de idoneidad del personal docente y de calidad del servicio de educación. En este sentido, ha señalado que el escalafón docente fomenta la continua formación, actualización y capacitación del educador y, por esta vía, es un medio idóneo para garantizar un servicio de educación de calidad.

Es así como en la Sentencia C-493 de 1994,¹¹⁹ al analizar una demanda contra la expresión “quienes previo concurso hayan sido seleccionados” del inciso 2.º del artículo 105 de la Ley 115 de 1994, contra el inciso 3.º del mismo

¹¹⁸ El actor afirmaba que la norma era inconstitucional por cuanto i) el idioma inglés es solamente utilizado por la comunidad raizal, la cual se concentra en ciertas zonas del departamento; ii) el inglés no es el idioma que emplean los nativos, sino el *patois*, y iii) la disposición desconoce la libertad de enseñanza.

¹¹⁹ M.P.: Hernando Herrera Vergara.

artículo y el artículo 218 de la misma ley, por presunta vulneración de la libertad de escoger profesión u oficio al establecer que para acceder a un cargo docente era necesario superar un concurso de méritos, la Corte sostuvo que la carrera y el acceso a la carrera por concurso de méritos son mecanismos previstos por la Constitución a fin de garantizar estabilidad en el empleo a los docentes y eficiencia y calidad en la prestación de servicios educativos.

En este orden de ideas, afirmó que el concurso de méritos es una limitación razonable del derecho a acceder a cargos públicos y de la libertad de escoger profesión u oficio, pues su finalidad es garantizar un adecuado y eficiente servicio público de educación, así como igualdad de oportunidades para acceder a los cargos docentes. Por ello declaró la exequibilidad de las disposiciones demandadas.

Posteriormente, en la Sentencia C-507 de 1997,¹²⁰ la Corporación señaló que la profesionalización de la carrera docente es una condición de calidad del servicio, ya que garantiza “un personal altamente calificado que cuente con los medios materiales e intelectuales apropiados para dedicarse a la formación de hombres”.

Si bien en esta sentencia la Corte declaró la inexequibilidad de la exigencia de contar con título de postgrado en ciencias de la educación para que los docentes pudieran acceder a los grados 13 y 14 del Escalafón Nacional Docente –artículo 10.º del Decreto Ley 2277 de 1979–, por estimar que no era una medida proporcionada desde el punto de vista de la igualdad, vale la pena mencionarla por cuanto en ella la Corte dejó claro que la exigencia de profesionalización de la carrera docente no solo se ajusta a la Constitución sino que es un desarrollo de ella, como instrumento que vela por la idoneidad ética y pedagógica de las personas dedicadas a la enseñanza.¹²¹

¹²⁰ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹²¹ Se destaca el salvamento de voto de Eduardo Montealegre, en el que sostiene i) que no es una exigencia desproporcionada que los cargos de mayor responsabilidad en la carrera docente deban ser desempeñados por quienes conocen mejor la pedagogía y la didáctica, ii) que eliminar el requisito cuestionado significaría restarle consecuencias importantes a la profesionalización de la docencia –garantía constitucional–, y iii) que es una inferencia válida el considerar que tales concimientos concurren en quienes exhiben el título de licenciados en ciencias de la educación, dada la existencia de un sistema de títulos de idoneidad.

Más adelante, en la Sentencia C-673 de 2001,¹²² siguiendo la misma argumentación, la Corporación declaró exequibles los artículos 4 y 44 del Decreto Ley 2277 de 1979, mediante los cuales se indica que los docentes del sector privado también pueden vincularse al Escalafón Nacional Docente.

Los actores alegaban que las disposiciones demandadas vulneraban el derecho a la igualdad de los docentes del sector privado, así como el principio de autonomía de la voluntad privada, en tanto –en su concepto– obligaban a las instituciones privadas a contratar personal inscrito en el escalafón.

La Corte, por su parte, después de realizar un escrutinio intermedio de igualdad, concluyó que la medida se ajusta a la Constitución, pues i) su finalidad es legítima, ya que busca extender los beneficios del Escalafón Nacional Docente a los educadores del sector privado,¹²³ así como fomentar la calidad de la educación en el sector privado; ii) dado que no es de carácter obligatorio sino facultativo, no impone restricciones al acceso a empleos en planteles privados, de modo que el medio empleado es legítimo, y iii) es un medio conducente para lograr los fines perseguidos. Sobre el primer aspecto expresó:

En el caso sujeto a estudio, la norma que decide extender las disposiciones sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones de docentes oficiales a los docentes no oficiales ve en la profesionalización de la actividad por grados según la formación, la capacitación y la experiencia docente acumulada, un fin constitucionalmente admisible con miras a garantizar la calidad y la idoneidad intelectual y moral de los educadores. No se observa que el fin buscado por el Legislador extraordinario esté prohibido a la luz de la actual Constitución. Al contrario, este se desprende del propio texto constitucional que ordena al Legislador garantizar “la profesionalización y dignificación de la actividad docente” (art. 68 inc. 3.º C.P.).

¹²² M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²³ En este sentido, la Corte indicó que el Escalafón Nacional Docente “es un registro público mediante el cual se hace pública la idoneidad ética y profesional de las personas en él inscritas, se permite la acumulación de tiempos de trabajo en el sector público educativo y en el privado, así como se garantiza una remuneración acorde con el grado de calificación logrado dentro del Escalafón”.

Por último, en la Sentencia C-973 de 2001,¹²⁴ en aras de la profesionalización de la actividad docente, la Corte avaló la constitucionalidad del artículo 10.º del Decreto Ley 2277 de 1979, según el cual los profesionales con títulos distintos al de licenciado en ciencias de la educación deben ingresar al grado 6.º del escalafón docente –no al 7.º como los licenciados en ciencias de la educación–, lo que supone que deben contar con tres años de experiencia adicionales para poder ingresar al siguiente grado del escalafón.

Los demandantes alegaban que la norma vulneraba el principio de igualdad, puesto que desconocía que los profesionales de otras disciplinas para acceder al escalafón debían completar un año de estudios en pedagogía, lo que les daba la misma idoneidad profesional que los licenciados en ciencias de la educación.

La Corte, de otro lado, encontró, luego de llevar a cabo un escrutinio intermedio de igualdad, que la medida no vulnera el derecho a la igualdad de los docentes con títulos universitarios distintos al de licenciado en ciencias de la educación, por cuanto un curso de intensidad no menor a un año –como el que exige la norma a estos profesionales– no pone en igualdad de condiciones desde el punto de vista pedagógico a ambos grupos de profesionales. En su criterio, el curso de pedagogía de un año y los tres años de experiencia que exige la disposición para que los profesionales no licenciados en ciencias de la educación puedan ingresar al grado 7.º del escalafón garantizan que estos adquieran la misma idoneidad pedagógica de aquellos que sí son licenciados en esta materia. Vale la pena resaltar el siguiente aparte del fallo:

En cuanto a la efectiva conducencia de la diferenciación respecto al grado del escalafón al cual ingresan los profesionales universitarios sin título en educación y los licenciados en educación, la Corte estima que con esta diferenciación se promueve real y atinadamente la opción de cursar estudios universitarios de educación mediante el estímulo del estudio de la pedagogía. Las facultades de educación y las escuelas normales forman docentes cuya primordial expectativa de desarrollo profesional,

¹²⁴ M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

en principio, es ser maestro, una de las labores más trascendentales en una sociedad democrática cuya vitalidad depende de la educación de los ciudadanos que la integran. Ese compromiso institucional y personal con la docencia, estimulado por la certeza de ingresar al grado 7 del escalafón y no al 6 como los demás universitarios, conduce efectivamente a que los licenciados en educación se dediquen a la enseñanza de manera profesional dado que este es un componente fundamental de su proyecto de vida. Si bien este estímulo no es el único medio para profesionalizar la educación y atraer personas idóneas para la docencia, sí tiene la virtud de conducir a que los licenciados se sientan recompensados por el compromiso que adquieren con la sociedad y a que los establecimientos pedagógicos concentren sus programas a formar a un docente que tiene la idoneidad suficiente para ingresar a la mitad de la carrera docente, es decir, al grado 7 del escalafón. Es efectivamente conducente distinguir mediante el escalafonamiento en diferentes grados entre pedagogos profesionales con estudios superiores en ciencias de la educación y profesionales universitarios no licenciados en educación, para propugnar así la realización del objetivo constitucional de profesionalizar la educación.

La Corte concluyó que la medida no es discriminatoria puesto que i) persigue un fin legítimo, la profesionalización de la educación, que además es un mandato constitucional, y ii) los medios elegidos son adecuados para el cumplimiento del fin –un curso pedagógico de un año y tres años de experiencia docente–.

Estas sentencias evidencian la tensión que existe entre el derecho de los educadores a acceder a los cargos públicos docentes en igualdad de oportunidades y la necesidad de elevar la calidad del servicio educativo mediante la profesionalización de la carrera docente. La Corte Constitucional ha tomado partida por esta última necesidad y ello explica por qué la mayor parte de sus decisiones han avalado medidas que tienden hacia la profesionalización docente. Sin embargo, se observa en las sentencias una falta de reflexión sobre la forma como se debe fomentar la formación académica de los docentes una vez ingresan al sistema de carrera y al margen de la obtención formal de títulos profesionales.

2.10.4.2. Programas de bienestar y deporte

La Corte ha llamado la atención sobre la necesidad de que las entidades educativas de todos los niveles ofrezcan programas de bienestar¹²⁵ y de fomento del deporte, a fin de lograr la formación integral de los educandos. En este sentido, ha precisado, por una parte, que la educación no se debe dirigir solamente a la transmisión de conocimientos, sino que debe promover el desarrollo intelectual, físico y moral; y por otra, que el bienestar no solamente de los alumnos, sino también de los docentes y del personal administrativo de las instituciones, es factor determinante para estimular la convivencia pacífica, la solidaridad, la recreación y el deporte y, por esta vía, crear las condiciones propicias para que la labor educativa sea exitosa.

Es por ello que en la Sentencia C-547 de 1994¹²⁶ la Corte declaró exequible, entre otros, el artículo 117 de la Ley 30 de 1992, que ordena a las instituciones educativas desarrollar programas de bienestar, faculta al Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) para determinar las políticas de bienestar universitario y crea un fondo de bienestar universitario conformado con recursos del presupuesto nacional y de las entidades territoriales.

La Corte desestimó el cargo del actor en el sentido de que la creación del fondo de bienestar universitario vulneraba la autonomía de las entidades territoriales, ya que –a su juicio– se trata de un fondo previsto para desarrollar fines constitucionales y, además, según el propio texto constitucional, las entidades territoriales deben contribuir a la financiación de los servicios educativos.

Más adelante, en la Sentencia C-008 de 1996,¹²⁷ la Corte declaró exequibles los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 181 de 1995, “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física y se crea el Sistema Nacional del Deporte”, y disposiciones que señalan a las universidades el deber de contar

¹²⁵ Los programas de bienestar son entendidos por la Corte como “el conjunto de actividades que se orientan al desarrollo físico, psico-afectivo, espiritual y social de los estudiantes, docentes y personal administrativo”.

¹²⁶ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹²⁷ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

con infraestructura deportiva y recreativa, de crear clubes deportivos y de elaborar programas extracurriculares para la enseñanza y práctica del deporte.¹²⁸

En criterio de la Corporación, la educación debe diferenciarse del concepto de instrucción, pues mientras la segunda consiste en la transmisión de un cúmulo de conocimientos sobre un determinado objeto, bien sea con propósitos teóricos o pragmáticos, la educación comprende, además de la instrucción sobre un objeto, actividades tendientes a inducir actitudes entre los estudiantes mediante la transmisión de valores. Es por ello que la educación, a la luz del texto constitucional, comprende la educación física, incluso en el nivel superior.

Atendiendo a esta argumentación, concluyó la Corte que los deberes impuestos por las disposiciones demandadas a las universidades no constituyen una carga injustificada ni vulneran su autonomía, sino que son mecanismos idóneos para alcanzar los fines constitucionales del servicio de educación.

En particular, en lo que respecta a la creación de programas extracurriculares para la enseñanza y práctica del deporte, la Corte señaló que su finalidad es, además de contribuir a la formación integral de los estudiantes, garantizar su integridad física, ya que la práctica de los deportes sin la debida instrucción puede conducir a lesiones físicas.¹²⁹

Las sentencias antes analizadas muestran la preocupación de la Corte porque la educación sea entendida como un proceso de formación integral y no como un simple proceso de transmisión de conocimientos. En este sentido, la educación física cobra importancia, bajo el entendido de que el ser humano es un sujeto multidimensional, de modo que su formación no se agota en la dimensión intelectual.

¹²⁸ El actor alegaba que las disposiciones demandadas vulneran la libertad de cátedra y de estudio, pues muchas universidades desarrollan programas que no se relacionan con el deporte.

¹²⁹ Por el contrario, la Corte declaró inexecutable el artículo 22 de la Ley 181 de 1995, que disponía que las universidades debían ofrecer programas de posgrado o de educación continuada en ciencias de la cultura física y el deporte. Para la Corte, esta disposición no contempla la educación física como una actividad complementaria de la formación moral e intelectual, sino que constriñe a las universidades a incluirla en sus programas curriculares, lo cual constituye una vulneración de la autonomía universitaria.

2.10.4.3. Continuidad y debido proceso

La Corte también se ha ocupado de las características que deben reunir los procesos disciplinarios internos de los centros educativos y de las condiciones que deben presentarse para que pueda expulsarse a un alumno. Al respecto, ha sostenido que las expulsiones i) deben fundarse en motivos serios, graves y debidamente acreditados; ii) deben responder a causales objetivas, previamente establecidas y de conocimiento público por los miembros de la comunidad educativa, y iii) deben estar precedidas de procesos en los que se garantice el debido proceso, pues lo contrario constituye una afectación del principio de continuidad de la prestación del servicio educativo y de las garantías del debido proceso.

En este sentido, en la Sentencia C-555 de 1994,¹⁵⁰ al analizar una demanda contra los artículos 95 y 96 de la Ley 115 de 1994,¹⁵¹ entre otros, la Corte precisó que la práctica de renovación periódica de las matrículas en los centros de enseñanza y la previsión de causales de expulsión en los manuales de convivencia no desconoce el deber del Estado de ofrecer educación preescolar y básica gratuita, siempre y cuando la renovación se exija dentro de los ciclos regulares y la no renovación o expulsión se base en motivos serios, graves y debidamente fundados.

Además, expresó que en tanto la educación es un derecho y un deber, la renovación periódica de las matrículas es una oportunidad para apreciar la observancia por el estudiante de las condiciones mínimas para su permanencia. Al respecto, recordó que la educación implica una obligación del titular del derecho respecto de las conductas protegidas, y que las medidas disciplinarias se prevén con miras a lograr el cumplimiento de tales obligaciones, es decir, son instrumentos que contribuyen a la formación integral del educando.

Con fundamento en estas consideraciones, declaró exequibles las disposiciones demandadas.

¹⁵⁰ M.P.: Eduardo Cifuentes.

¹⁵¹ El actor alegaba que la exigencia de renovación periódica de matrículas y el establecimiento de causales de expulsión en los reglamentos internos de las instituciones educativas, sin que se dé el simultáneo ingreso del estudiante a una institución distinta, vulnera el principio de obligatoriedad y gratuidad de la educación preescolar y básica en las instituciones oficiales.

2.10.4.4. Exámenes de suficiencia y calidad educativa

En materia de calidad, la Corte Constitucional ha indicado que los exámenes de suficiencia académica, como por ejemplo el ICFES, son instrumentos previstos por el Legislador para velar por la calidad académica y por el cumplimiento de los fines constitucionales de la educación.

Siguiendo esta argumentación, en la Sentencia C-420 de 1995,¹³² la Corte declaró exequibles el artículo 14 literal a) (parcial), el parágrafo del artículo 14 literal c) (parcial), el artículo 17 (parcial), y artículo 22 (parcial) de la Ley 30 de 1992, “Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”, disposiciones en las que se establece que para ingresar a la educación superior es necesario que los estudiantes de secundaria presenten el examen ICFES.¹³³ La Corporación considera el examen de Estado como un mecanismo idóneo para la medición de los niveles mínimos de aptitudes y conocimientos de los estudiantes que han culminado el nivel secundario, de manera que es un instrumento de vigilancia de la calidad de la educación impartida en los planteles. Además, garantiza el principio de igualdad, pues se practica a todos los estudiantes sin discriminación alguna y se lleva a cabo en condiciones idénticas para todos. Por estas razones, la Corte declaró la exequibilidad de las disposiciones.

2.10.5. Jurisprudencia sobre las obligaciones que se desprenden de la faceta de libertad del derecho a la educación. La autonomía universitaria como garantía de la libertad de enseñanza

De acuerdo con el artículo 69 de la Constitución, las universidades gozan de autonomía. Esta se manifiesta en la potestad con que cuentan estas instituciones para elegir sus propias directivas y regirse por sus propios estatutos, entre otros aspectos. Se trata de una garantía institucional¹³⁴ prevista por el Constituyente para eliminar injerencias del gobierno en los programas curriculares

¹³² M.P.: Hernando Herrera Vergara.

¹³³ El demandante alegaba que las disposiciones impugnadas vulneraban el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes de secundaria, y cuestionaba la utilidad del examen del ICFES.

¹³⁴ Así es denominada por la Corte en la Sentencia C-337 de 1996.

y en el funcionamiento de las universidades conforme a las exigencias de las democracias modernas.¹³⁵ Sin embargo, dicha autonomía no es absoluta, pues las universidades están vinculadas al Ministerio de Educación en lo relativo a las políticas del sector educativo y para efectos de vigilancia y control.

Por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha establecido que, además de las facultades previstas en el artículo 69 superior, las universidades cuentan con las siguientes que se desprenden de su autonomía:

- a. En la Sentencia C-299 de 1994¹³⁶ el juez constitucional precisó que la autonomía universitaria comprende la facultad de las universidades de organizar su planta de personal. Atendiendo a esta argumentación, declaró la inexecutable del inciso 2.º del artículo 25 del Decreto Ley 1210 de 1993 –“Por el cual se reestructura el Régimen Orgánico Especial de la Universidad Nacional de Colombia”–, que definía los funcionarios de libre nombramiento y remoción de la planta de personal de la Universidad Nacional. A su juicio, constituye una vulneración de la autonomía universitaria el que el Legislador –ordinario o extraordinario– regule el régimen jurídico aplicable a los servidores de una universidad pública. Para la Corte, la ley no puede entrometerse en aspectos relacionados con la organización administrativa y académica de las universidades oficiales, tales como las políticas de selección de personal y la definición de sus calidades, y la clasificación de los servidores, ya que ello va en contra del axioma de que los estudios superiores no pueden estar sometidos a ninguna forma de direccionamiento de parte del gobierno. Estos asuntos son materia propia de los estatutos de cada universidad, los cuales en todo caso están sometidos a la Constitución y a la ley. Sin embargo, la autonomía universitaria no implica que el Estado no pueda adelantar una labor de vigilancia y control sobre los centros universitarios con el fin de velar por la calidad de la instrucción.

¹³⁵ Ver al respecto las sentencias C-299 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, y C-547 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁶ M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

- b. En la Sentencia C-088 de 1996¹³⁷ la Corte indicó que la autonomía universitaria comprende la libertad de las universidades de fijar los programas académicos que ofrecen. En dicha oportunidad, la Corporación se ocupó de una demanda contra el artículo 22 de la Ley 181 de 1995 –entre otros artículos–, el cual disponía que las universidades tenían la obligación de impartir programas de postgrado y de educación continuada en ciencias de la cultura física y el deporte. La Corte encontró que la disposición en cuestión vulneraba la autonomía universitaria, pues esta también se despliega en el plano académico y comprende la libertad de las universidades de crear, organizar y desarrollar sus programas. Al respecto expresó:

Que sea deseable y aun plausible que las instituciones de educación superior, en ejercicio de su autonomía, establezcan programas de posgrado y de educación continuada en deporte y recreación, no puede ser equivalente a que tengan que hacerlo, en detrimento de la naturaleza autónoma que la propia Constitución les confiere.

Ya que la autonomía universitaria se concreta, entre otras libertades, en la académica, y en ejercicio de esta las universidades tienen derecho a crear, organizar y desarrollar sus programas, y muy particularmente en los niveles de posgrado es claro que el artículo 22 de la Ley 181 de 1995 vulnera esa autonomía garantizada por la Constitución (art. 69 C.P.), al imponer a todas las universidades la obligación de impulsar programas al nivel mencionado o de educación continuada en ciencias de la cultura física y el deporte, no seleccionados por los órganos directivos de las mismas.

Con fundamento en estas consideraciones se declaró la inexecutable del artículo 22 de la Ley 181 de 1995.

- c. En la Sentencia C-337 de 1996¹³⁸ la Corporación sostuvo que también hace parte de la autonomía universitaria la potestad de las universidades de seleccionar a sus alumnos mediante procedimientos que garanticen igualdad de

¹³⁷ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁸ M.P.: Hernando Herrera Vergara.

oportunidades y que se basen en la idoneidad intelectual de los candidatos. Con fundamento en lo anterior, declaró exequibles los artículos 28 y 29 de la Ley 30 de 1992, que reconocen expresamente esta posibilidad.

El demandante aseguraba que, dado que la educación es un servicio público que se rige por el principio de continuidad, el Estado debe garantizar la promoción automática de los alumnos del nivel medio al superior, lo que se opone a que las universidades puedan adelantar procesos de selección. Para la Corte, los argumentos del demandante no son de recibo, entre otras razones, porque las universidades tienen limitaciones físicas que les impiden admitir a todos los aspirantes a obtener un cupo. Es por ello que dichas instituciones pueden establecer un límite al número de estudiantes que admiten, así como procedimientos objetivos de selección.

- d. En la Sentencia C-560 de 2000¹³⁹ la Corte agregó que la autonomía universitaria comprende la facultad de las universidades de establecer el régimen aplicable a su personal administrativo –tratándose de universidades oficiales–. Es por ello que declaró la exequibilidad del artículo 3.º de la Ley 443 de 1998, que dispone que las normas sobre carrera administrativa previstas en dicha ley son aplicables al personal administrativo de las instituciones de educación superior de todos los niveles cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera, siempre y cuando se interprete que ello rige para las instituciones de educación superior distintas a las universidades.
- e. En la Sentencia C-926 de 2005¹⁴⁰ la Corporación precisó que la autonomía universitaria comprende la capacidad de las universidades de elaborar y administrar su propio presupuesto, según sus necesidades y prioridades. Con fundamento en estas consideraciones, en este fallo la Corte declaró la inexecutable de la expresión: “A partir de la vigencia de la presente ley, se concertará y acordará con los rectores de las Universidades Públicas, Nacionales y Territoriales, los criterios y el procedimiento de una redistribución, basada en indicadores de gestión, de un porcentaje del total de las

¹³⁹ M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁰ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

transferencias. Dicho porcentaje no podrá exceder el doce por ciento (12%). El porcentaje restante se distribuirá conservando el esquema vigente”, del artículo 84 de la Ley 812 de 2003.

La norma cuestionada disponía que un porcentaje de las transferencias de la Nación a las universidades públicas sería distribuido según indicadores de gestión, previa concertación con los rectores de los planteles. La Corte consideró que esta disposición implicaba someter a las universidades públicas a una especie de control presupuestal estricto por parte del Gobierno y obligarlas a negociar asuntos inherentes a su poder de autodeterminación, autogobierno y autorregulación. Por esta razón consideró que constituía una vulneración de la autonomía universitaria.

En resumen, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la autonomía universitaria –como garantía institucional que busca liberar la educación superior de cualquier ingerencia gubernamental– comprende también la facultad de las universidades de organizar su planta de personal; crear, organizar y diseñar sus programas académicos; seleccionar a sus alumnos mediante procedimientos objetivos que miren hacia la calidad académica de los candidatos, y administrar sus propios presupuestos, entre otros aspectos.

2.11. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materias económicas

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en materia económica, ha contado con no pocos contradictores. Los profesores Rodrigo Uprimny y César Augusto Rodríguez,¹⁴¹ a quienes nos remitimos, reseñan los fallos de la Corte Constitucional que, en su criterio, son importantes en materia económica;

¹⁴¹ Rodrigo Uprimny y César Augusto Rodríguez, *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006. Según estos autores, “[e]l resultado es una aproximación que hemos denominado ‘institucionalismo social’ que –en lugar de subordinar una disciplina a la otra, como se hace en la corriente de derecho y economía (*law and economics*), que incorpora temas jurídicos pero deja intacto el paradigma económico neoclásico– busca establecer un diálogo de iguales entre las diferentes disciplinas involucradas.

aunque muchos de ellos han dado lugar a discusiones. De ese listado vale la pena mencionar los siguientes:

- Sentencia C-149 de 1993: competencias institucionales diferenciadas.
- Sentencia C-481 de 1999, que declaró inexecutable la expresión: “que deberán ser siempre menores a los últimos resultados registrados”, del párrafo del artículo 2.º de la Ley 31 de 1992, por desconocer la autonomía del Banco de la República.
- Sentencias C-160 de 2000, C-1333 de 2000 y C-315 de 2004, procedimientos de producción normativa.
- Sentencia C-557 de 2000, sobre la inconstitucionalidad del Plan de Desarrollo.
- Sentencia C-737 de 2001, sobre la Ley de Regalías, por vicios de procedimiento en su aprobación.
- Sentencia C-122 de 1998, que limitó el alcance de la declaratoria de emergencia económica y estableció que los recursos debían ir a los sectores realmente afectados por la crisis financiera: banca pública y cooperativa.
- Sentencia C-317 de 1998, que consideró que el gasto en deporte y recreación no podía ser considerado gasto social y declaró inexecutable la expresión: “y constituyen gasto público social”, del artículo 4.º de la Ley 181 de 1995.
- Sentencias 383 de 1999 y C-747 de 1999, sobre el sistema UPAC.
- Sentencia C-136 de 1999, sobre el impuesto del dos por mil.
- Sentencia C-776 de 2003, sobre extensión del IVA a productos de primera necesidad.
- Sentencia C-754 de 2004, que declaró inexecutable la reducción del régimen de transición en materia pensional por violar derechos adquiridos.
- Sentencia C-315 de 2004, que señaló que los tratados podían imponer exenciones a los tributos territoriales, por la importancia de promover las relaciones internacionales.
- El incumplimiento de reglas ha hecho que algunas leyes de importancia económica hayan sido declaradas inconstitucionales, tal como la Ley del Plan de Desarrollo (Sentencia C-557 de 2000) o la Ley de Regalías

(Sentencia C-737 de 2001), dado que la aprobación de una y otra estuvo marcada por graves irregularidades en su proceso de aprobación.

- Sentencia C-1333 de 2000, que condicionó la constitucionalidad del artículo 2.º, ordinal 6.º, de la “Convención sobre prerrogativas e inmunidades del organismo para la proscripción de las armas nucleares en América Latina (OPANAL)”, a que se entendiera que las exenciones otorgadas debían limitarse a aquellas que traten sobre tributos nacionales.
- Sentencia C-776 de 2003, que declarara la inconstitucionalidad de la extensión, sin la debida deliberación democrática, de la base gravable del IVA a los productos de primera necesidad.

Agregan los doctores Uprimny y Rodríguez que en ocasiones la Corte Constitucional adopta una posición defensiva. Esto se aprecia, por ejemplo, en la Sentencia C-671 de 2002, que condicionó la constitucionalidad del párrafo 3.º del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000. Esta sentencia precisó que los padres de ciertos miembros de la Fuerza Pública podían continuar siendo beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, siempre y cuando no tuvieran la posibilidad de ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud. Otro ejemplo: la Sentencia C-038 de 2004, sobre reforma laboral, admitió retrocesos en la legislación laboral porque consideró que había una argumentación de política económica en términos de fomento del empleo que justificaba esa restricción.

Para tener una idea de la producción jurisprudencial en materia económica, sin necesidad de analizar la totalidad de los fallos antes mencionados, ni parte de los proferidos por la Corte Suprema de Justicia cuando tuvo el control de constitucionalidad, se presentarán para su análisis, como si se tratara de un claroscuro:

- a. Por un lado, un tema en el cual se aprecia la preferencia de la argumentación (manejada por la Corte Suprema), en el caso de los pronunciamientos hechos cuando se decretó la emergencia económica durante el gobierno de Belisario Betancur.
- b. Y por otro lado, la jurisprudencia práctica y humanista en cuanto al tema de la vivienda (manejada, en estas ocasiones, por la Corte Constitucional),

clarísima y efectiva respecto a lo expresado en la parte resolutive de los fallos, y criticada por quienes idolatran la teoría de la argumentación.

Se contraponen estos dos bloques de jurisprudencia por dos motivos: primero, porque el ejemplo demuestra que la teoría de la argumentación también fue de recibo en la Corte Suprema de Justicia; segundo, porque para los teóricos llama más la atención la fortaleza del argumento, mientras que para los humanistas lo básico es la solución de los problemas más sentidos por las personas.

2.11.1. Constitucionalismo económico en la jurisprudencia de la Corte Suprema y teoría de la argumentación

Con ocasión de la emergencia económica decretada a finales de 1982, durante la presidencia de Belisario Betancur, fueron numerosos los decretos expedidos en ejercicio de ese estado de excepción y que fueron estudiados por la Corte Suprema de Justicia.

El primero de ellos fue precisamente el que decretó el estado de emergencia: la Corte solamente hizo el examen formal y declaró la constitucionalidad; sin embargo, los magistrados Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Salcedo Segura consideraron que hubiera debido discutirse el aspecto material y declararse la inconstitucionalidad; dijeron en salvamento de voto: “Una lectura del decreto examinado permite deducir sin la menor duda que se tratan varios temas con significativa vaguedad sobre asunto tan complejo como la economía, lo cual permite concluir que la facultad legislativa extraordinaria, por falta de esa exigible exactitud de conceptos y necesidades queda al ilimitado arbitrio del gobierno”.

Los demás decretos, que bajo ningún aspecto pueden catalogarse como “neoliberales” y que fueron proferidos en desarrollo de esa emergencia económica, fueron declarados inexequibles. Hubo sentencias los días 28 de febrero; 3, 7, 10, 11, 14, 15, 17 y 21 de marzo; 6, 7, 11, 12, 13, 14, 21, y 28 de abril de 1983.

La principal sentencia es la de 23 de febrero de 1983, que estudió la modificación de las tarifas del impuesto sobre la renta (Decreto 3743 del 23 de

diciembre de 1982). Fue declarada contraria a la Constitución con muy fuertes argumentos. Hubo 8 votos a favor de la inexequibilidad total y 4 aclaraciones de voto que se sumaron a los 8 votos anteriores, y que hicieron mayoría frente a los 11 magistrados que salvaron el voto, quienes apoyaban una inexequibilidad parcial.

El análisis que se hará de esta sentencia no tomará en cuenta la parte resolutive, sino la parte motiva, en cuanto permite visualizar dos tendencias entre los magistrados; esto quizás sorprenda porque el mundillo judicial ha creado estereotipos personalizados en dos magistrados: SÁCHICA y Gaona, y esto puede no ser acertado.

Dicha providencia ha de considerarse como una “sentencia tipo” por varios motivos. El interés del fallo no radica tanto en si era o no constitucional decretar impuestos por la vía de la emergencia (disquisición que fue una de las tantas que se hicieron, pero no la principal), sino en ejercitar la teoría de la argumentación para sustentar así la inexequibilidad decretada a partir del 23 de febrero de 1983 y, luego, en los otros fallos que declararon inexecutable los otros decretos de emergencia que se refirieron a temas distintos al impositivo.

Aparecen como ponentes Manuel Gaona Cruz, Carlos Medellín y Ricardo Medina Moyano, todos de la “Escuela de la Universidad Externado de Colombia”, pero del estilo barroco de la redacción se colige que el autor principal fue el primero de los nombrados. Igual ocurre con uno de los salvamentos de voto suscrito por Luis Carlos SÁCHICA Aponte, Jerónimo Argáez Castello, Ismael Coral Guerrero, Manuel Enrique Daza, Alberto Ospina Botero, Fernando Uribe Restrepo, Héctor Gómez Uribe, Fabio Calderón Botero, José María Esguerra Samper, Germán Giraldo Zuluaga, pero elaborado por el doctor SÁCHICA, como lo reconocen expresamente Fabio Calderón Botero y José Eduardo Gnecco Correa en adiciones al salvamento. Hubo otro agregado a ese salvamento, de Fernando Uribe Restrepo. Y aclararon el voto Carlos Medellín Forero (quien fue ponente), Dante Luis Fiorillo Porras, Juan Hernández Sáenz, Gustavo Gómez Velásquez y Jorge Salcedo Segura.

Parecería que se hubieran trastocado los papeles, en cuanto que, a primera vista, en razón del lenguaje empleado, surge la idea de que el fallo

lo hubiera escrito el magistrado SÁCHICA y el salvamento lo hubiera hecho el magistrado Gaona.

En efecto, el eje central de la sentencia orientada por Gaona es la validez y eficacia del orden institucional, típicamente conservador. El objetivo buscado se acompaña con una elaborada argumentación que gira alrededor de definiciones académicas; y, en cuanto a la razón histórica de la emergencia económica, el análisis es muy curioso porque enjuicia el comportamiento social y favorable a la clase trabajadora que tuvo en 1944 el presidente de la República, Alfonso López Pumarejo. Dice el doctor Gaona Cruz:

A partir de la expedición del Decreto Legislativo de estado de sitio No. 2340 de 1944, que regulaba aspectos relativos al régimen laboral y al intervencionismo del Estado en la economía, con vocación de permanencia, y que fue el que sirvió de inspiración al Congreso para expedir la Ley 6.^a de 1945, comenzó a formalizarse en la práctica la tesis ambivalente de que el orden público podría verse alterado no sólo por razones de carácter político, sino también de índole económica. Desde entonces se abrió la brecha hacia la práctica perniciosa y desmedida, ajena a la finalidad específica prevista en el artículo 121, de legislar en materia económica por medio de decretos legislativos de estado de sitio, lo cual generó una desviación de la institución en cuanto a sus fines.

Según Gaona, una de las maneras de evitar dicha falla consistió en desglosarle al estado de sitio lo de la emergencia económica. El magistrado trae a colación un argumento que califica como democrático: que tratándose de impuestos, es el Congreso electo popularmente el que los define; sin embargo, el fallo reconoce expresamente el “magisterio de legitimidad electoral del Jefe del Estado”.

En el salvamento, el profesor Luis Carlos SÁCHICA calificó la sentencia de “exegética, anacrónica y carente de dinamismo interpretativo”, porque “[e]l intérprete de la Constitución debe poner su normatividad a tono con el tiempo presente y en el contexto histórico que se vive. Esa normatividad, para ser viviente, dinámica, debe ser referida a la situación a que debe aplicarse...”

Luego, el doctor SÁCHICA emplea un discurso casi socialista. Para SÁCHICA, a principios del siglo XX es cuando surgen

... las primeras huelgas, los primeros sindicatos y la organización del partido comunista. Es la época de las huelgas de sastres en Bogotá, reclamando la protección del trabajo nacional, y de la huelga de los cultivadores bananeros de Santa Marta, protestando contra la dependencia externa, ambas reprimidas violentamente. La presencia de esa nueva fuerza social y política y el planteamiento de los nuevos conflictos, tienen una respuesta teóricamente aceptable en la Reforma Constitucional de 1936, dirigida a construir un Estado de Derecho social que legaliza la huelga, da paso a una legislación laboral protectora, recorta los privilegios de la clase propietaria, interviene la economía y proclama la justicia social.

Dentro de ese análisis historicista, la emergencia económica “adicional” al estado de sitio y no es una desmembración de este para evitar su desbordamiento. Y por eso, para el doctor SÁCHICA la esencia democrática de la emergencia económica “está en su control judicial y especialmente en el control parlamentario con capacidad para anular cualquier exceso”; de ahí colige: “lo que hace democrático un procedimiento no es qué órgano adopta las decisiones, sino la existencia y efectividad de controles que condicionen y puedan corregir los excesos”.

Salta a la vista, al menos en cuanto a la sentencia y el salvamento de voto que se analizan, que la posición del magistrado Gaona parece conservadora y la del magistrado SÁCHICA eminentemente social, lo cual significaría que se equivocaron de papeles. Pero profundizando en el manejo que cada quien le da al control constitucional, estos calificativos iniciales pueden resultar apresurados, porque en el fondo hay coherencia con el estilo propio de los dos magistrados. Sencillamente ocurre que el doctor Gaona formó parte de una escuela que tiene la convicción de que los argumentos fuertes son la base para sostener una decisión jurídica, es como si dijera: yo tengo la razón, luego no me importa que se caiga el mundo (esa justificación para las decisiones judiciales es muy frecuente en la actual enseñanza del derecho), dentro de este contexto se da

por sentado que el control constitucional judicial no admite duda alguna. La posición del magistrado SÁCHICA, por el contrario, fue pragmática, y conocedor como era de la teoría constitucional, trajo a colación el carácter activista del poder judicial (posición de Eugene Rostow), alertó sobre el inconveniente de que una generación le impusiera sus instituciones a otras generaciones y convirtió el control en razón de ser de la democracia, de lo cual se infiere que la designación no electoral de los jueces no es lo que precisa el carácter mayoritario, sino que el calificativo de democrático debe provenir de una Constitución viva. Sostuvo Luis Carlos SÁCHICA, en consecuencia, que la emergencia económica (resultante de situaciones sociales del siglo XX) era una adición y no un desagregado de un estado de sitio (que provenía del siglo anterior).

2.11.2. Análisis de la jurisprudencia sobre el derecho a una vivienda digna. Posición humanista de la Corte Constitucional

El derecho a una vivienda digna es introducido por primera vez en el texto constitucional en 1991. La Constitución señala en su artículo 51 algunos deberes del Estado en materia de vivienda, como fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de los mismos. Esta disposición ha permitido a la Corte Constitucional ocuparse de la garantía de este derecho tanto en sede de tutela como en sede de control de constitucionalidad. A continuación se analizará este último grupo de pronunciamientos:

2.11.2.1. Contenido del derecho a una vivienda digna

El artículo 51 de la Carta indica algunas obligaciones del Estado en relación con el derecho a la vivienda, pero no agota el contenido del derecho. La Corte, para avanzar en la determinación de sus contenidos, ha acudido a los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, con fundamento en el artículo 93 constitucional. Así, en la Sentencia C-936 de 2003,¹⁴² a partir de una inter-

¹⁴² M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. En el mismo sentido puede verse la Sentencia T-585 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

pretación del artículo 51 superior en conjunto con el parágrafo 1.º del artículo 11 del PIDESC, interpretado a su vez por la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), concluyó que el derecho a una vivienda digna comprende garantías que se agrupan en dos dimensiones: condiciones adecuadas de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.

Las adecuadas condiciones de vivienda dependen de la satisfacción de los siguientes factores, entre otros: i) habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los estándares mínimos de higiene, calidad y espacio necesarios para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud. ii) Facilidad de acceso a servicios públicos tales como salud, servicios sanitarios y servicios públicos domiciliarios. iii) Ubicación que permita el fácil acceso a opciones de empleo, centros educativos y otros servicios sociales, y en zonas que no pongan en riesgo la salud de los habitantes. iv) Adecuación cultural a sus habitantes.

La seguridad del goce de la vivienda, por otra parte, comprende entre otros aspectos: i) asequibilidad, que consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda y en posibilidades de acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia, entre otras condiciones. ii) Gastos soportables, lo cual significa que los gastos de tenencia –en cualquier modalidad– deben ser de un nivel tal que no comprometan la satisfacción de otros bienes necesarios para la garantía de una vida digna de los habitantes de la vivienda. iii) Seguridad jurídica en la tenencia, que implica que las distintas formas de tenencia estén protegidas jurídicamente, principalmente contra el desahucio, el hospedamiento o cualquier forma de interferencia arbitraria e ilegal.

La Corte Constitucional, en sede de control de constitucionalidad, se ha ocupado principalmente de problemas relativos a la segunda dimensión antes analizada, como se puede observar en la siguiente sección.

2.11.2.2. Jurisprudencia sobre obligaciones relativas a la seguridad de goce de la vivienda

En relación con la dimensión de la seguridad del goce de la vivienda, la Corte ha analizado principalmente problemas relativos a la garantía de gastos so-

portables y de seguridad jurídica de la tenencia. En este sentido, ha desarrollado una línea importante sobre las condiciones de los créditos de vivienda basada en los artículos 51 y 373 de la Constitución, conformada, entre otros pronunciamientos, por las sentencias C-383 de 1999,¹⁴⁵ C-747 de 1999¹⁴⁴ y C-955 de 2000,¹⁴⁵ y otra línea sobre las condiciones de los procesos hipotecarios, a la que pertenecen de nuevo la Sentencia C-955 de 2000 y la Sentencia C-1140 de 2000,¹⁴⁶ entre otras.

En el primer fallo (C-383 de 1999) la Corporación analizó una demanda contra el artículo 16 de la Ley 31 de 1992, que disponía que la Junta Directiva del Banco de la República debía fijar la metodología para la determinación de los valores del UPAC en moneda real y procurar que ella reflejara los movimientos de las tasas de interés de la economía.

La Corte declaró inexecutable la expresión “procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”, entre otras razones, por estimar que si bien era equitativo que el sistema de financiación de vivienda previera la actualización a valor presente de las obligaciones dinerarias contraídas a largo plazo, para mantener el equilibrio entre el acreedor y el deudor, también lo era que el incluir en la corrección monetaria del UPAC las tasas de interés del mercado financiero –como se venía haciendo hasta ese momento– implicaba un rompimiento del equilibrio del contrato y un cobro excesivo que desbordaba el poder adquisitivo de los deudores hipotecarios. Al respecto, expresó:

4.7. Por ello, a juicio de la Corte al incluir como factor de la actualización del valor de la deuda el de la variación de las tasas de interés en la economía, se incurre en un desbordamiento de la obligación inicial, pues así resulta que aquella se aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo,

¹⁴⁵ M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁴ M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁴⁵ M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁴⁶ M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

sino con un excedente que, por ello, destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente, que, precisamente por esa razón, aparece como contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del Derecho, es decir opuesto a la “vigencia de un orden justo”, como lo ordena el artículo 2.º de la Constitución.

4.8. Semejante sistema para la financiación de vivienda, no resulta a juicio de la Corte adecuado para permitir la adquisición y conservación de la misma, como de manera expresa lo ordena el artículo 51 de la Carta en su inciso segundo, pues ello desborda, como es lógico, la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía, sino bajo otros criterios.

4.9. Así mismo, la determinación del valor en pesos de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante conforme a la variación de las tasas de interés en la economía a que se ha hecho referencia, pugna de manera directa con la “democratización del crédito” que ordena al Estado el artículo 335 de la Constitución como uno de los postulados básicos en la concepción de éste como “Social de Derecho”, pues, precisamente a ello se llega, entre otras cosas cuando el crédito no se concentra solamente en quienes abundan en dinero y en bienes, sino extendiéndolo a la mayor parte posible de los habitantes del país, sin que ello signifique nada distinto de procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias.

En este orden de ideas, para la Corte el incluir en la determinación del valor de la unidad de cálculo de los créditos de vivienda un sistema de corrección monetaria que a la vez tome en consideración la variación de las tasas de interés del mercado, conduce a un cobro excesivo –se emplean simultáneamente dos sistemas de actualización de la obligación–, en contra de la garantía de gastos soportables de la vivienda y la democratización del crédito de vivienda.

En la segunda sentencia, C-747 de 1999, la Corporación declaró la inexecutable diferida¹⁴⁷ de la expresión “que contemplen la capitalización de intereses” del numeral 1.º del artículo 121 del Decreto Ley 663 de 1993, “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”, así como el numeral 3.º de la misma disposición, en relación con los créditos de vivienda a largo plazo, por conducir a un desbordamiento de la capacidad de pago de los deudores.

Según el numeral 1.º los establecimientos de crédito en operaciones de largo plazo pueden utilizar sistemas de pago que prevean la capitalización de intereses, y de acuerdo con el numeral 3.º, en las obligaciones pactadas en UPAC o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste deben ser computados como interés. Si bien la capitalización de intereses en créditos ordinarios concedidos a mediano y largo plazo no vulnera la Constitución, sí la vulnera en materia de créditos de vivienda, pues desborda la capacidad de pago de los deudores. De esta manera, la Corte reconoce que los créditos de vivienda son una clase especial de créditos que gozan de una protección constitucional mayor y que, por su relación con la garantía de un derecho fundamental, están sometidos a mayores limitaciones que los créditos ordinarios.

Como consecuencia de la declaración de inexecutable de varias disposiciones que regulaban el sistema UPAC, el Congreso expidió la Ley 546 de 1999¹⁴⁸ –Ley Marco de Vivienda–, en la que fijó las condiciones para la implementación de un nuevo sistema de financiación de vivienda a largo plazo, basado en la Unidad de Valor Real (UVR). Esta ley fue demandada en el año 2000 ante la Corte Constitucional, lo que dio lugar a las sentencias C-955 de 2000 y C-1140 de 2000.

¹⁴⁷ La Corte difirió los efectos de la declaratoria de inexecutable hasta el 20 de junio de 2000, fecha para la cual el Congreso debía ya haber expedido la ley marco de vivienda.

¹⁴⁸ “Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones”.

En la primera decisión la Corte declaró la exequibilidad de la mayor parte de la ley, pero con varios condicionamientos tendientes a garantizar el derecho a la vivienda digna, particularmente en su garantía de gastos soportables.

En este sentido, se destaca la declaración de exequibilidad condicionada de varias expresiones del artículo 3.º, sobre las características de la UVR. La Corte comenzó por asegurar que la creación de la UVR como unidad que permite cuantificar el impacto de la depreciación monetaria en los créditos de vivienda no vulnera per se la Constitución, sino que es una medida de equidad que persigue que las entidades prestamistas no sean castigadas por la inflación. No obstante, indicó que para el cálculo del UVR, la junta directiva del Banco de la República solamente puede tener en cuenta la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE –como tope exclusivo–, ya que tomar en cuenta factores adicionales significaría un cobro adicional a los deudores. Con fundamento en estas consideraciones la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 3.º.

El párrafo del artículo 17, que autoriza la concesión de créditos de vivienda en pesos, pero con una tasa fija durante todo el plazo y sin capitalización de intereses, también fue declarado exequible de manera condicionada, bajo el entendido de que i) la tasa remuneratoria de estos créditos debe ser la real, es decir, la nominal menos la inflación –incluye gastos administrativos y la ganancia de la entidad prestamista solamente–; ii) su interés remuneratorio debe ser simple y no compuesto –esto significa que se le deben sumar los puntos de la inflación y no multiplicarlo por ellos–; y iii) la Junta Directiva del Banco de la República debe fijar la tasa máxima de interés remuneratorio.

Para la Corte, la existencia de una tasa de interés remuneratoria no contraviene la Constitución, pero sí el que dicha tasa no tenga un límite y que en ella pueda volverse a incluir la inflación. Además, en su criterio, dado que los créditos de vivienda revisten un interés social, sus tasas de interés deben ser intervenidas por el Estado y no pueden ser pactadas por las partes en un plano de absoluta autonomía, pues ello puede dar lugar a que las entidades prestamistas abusen de su posición dominante. Sobre este punto afirmó:

En efecto, en lo que hace al primer aspecto, debe insistir la Corte en que, por ser el del acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo (art. 51 C.P.), y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito (art. 335 C.P.), según los lineamientos del Estado Social de Derecho (art. 1.º C.P.), las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito, y que se produzca un traslado patrimonial a favor de tales entidades que implique la ruptura del equilibrio que debe existir en esas relaciones contractuales, y por el cual deben velar las autoridades competentes.

Es un hecho públicamente conocido que los deudores de las entidades crediticias no pactan en realidad con ellas las tasas de interés, ni las discuten, y que, por el contrario, en una posición de absoluta indefensión, los intereses les son impuestos, de modo que deben optar, sin remedio, entre aceptarlos y no tomar el préstamo, ya que suscriben contratos por adhesión. Es allí donde aparece la función interventora del Estado, que está llamado a fijar topes a las tasas de interés que se cobran y a velar porque esos topes se respeten.

Así las cosas, en vista de que el Legislador no fijó las directrices que debían ser aplicadas a los créditos bajo estudio, de conformidad con las consideraciones previas, la Corte estableció algunas a partir de una interpretación del artículo demandado desde la óptica constitucional.

En primer lugar, precisó que el sistema de cálculo de la tasa de interés de los créditos de vivienda no puede contener a su vez dos sistemas que busquen reflejar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. En el UVR el saldo del capital prestado es actualizado al ritmo de la inflación, por lo que su tasa de

interés debe ser la real, esto es, la nominal menos la inflación. La Corporación aseguró al respecto:

Como en los préstamos de vivienda en UVR, en el sistema de la ley examinada, el saldo del capital prestado es actualizado al ritmo de la inflación, en dicha unidad de cuenta ya está comprendida la inflación. Incluirla de nuevo en los intereses es cobrarla doble, lo cual, de acuerdo con lo expuesto, es inconstitucional. Luego, para que la norma no sea declarada inexecutable, debe entenderse que la tasa remuneratoria sólo es la tasa real, esto es, la nominal menos la inflación.

En segundo lugar, adujo que para que el sistema de cálculo de la tasa de interés remuneratorio de los créditos analizados se ajustara al texto constitucional, también era necesario que el interés fuera simple y no compuesto, y que a él se sumaran los puntos de la inflación y no se multiplicara por ellos. Indicó sobre este punto la Corte:

En otro aspecto, para que la norma acusada se entienda ajustada a la Constitución, es indispensable que, según resulta de la Sentencia C-747 de 1999, la tasa de interés remuneratorio por préstamos de vivienda, calculada sobre los saldos insolutos, no sea compuesta sino simple, y debe sumarse a los puntos de la inflación, no multiplicarlos, pues eso significaría que se la cobrara doblemente.

Por último, debido a que en el caso de los créditos de vivienda debe operar un sistema de tasas de interés regulado, el juez constitucional instó a la Junta Directiva del Banco de la República para que fijara la tasa de interés remuneratorio máxima para el caso de créditos de vivienda pactados en pesos, la cual debería ser siempre inferior a todas las tasas reales que se estuvieran cobrando en el mercado. En relación con este punto aseveró:

Ahora bien, como en esta Sentencia se define que la tasa de interés remuneratorio no puede quedar descontrolada ni sujeta a las variables propias

del mercado, y las de intermediación de vivienda vienen siendo las más altas, deben reducirse significativamente por la Junta Directiva del Banco de la República para hacer posible la realización del derecho a una vivienda digna (art. 51 C.P.) y para que sea verdadera la democratización del crédito (art. 335 C.P.). Entonces, la Junta, en su condición de autoridad monetaria y crediticia, mediante acto motivado en que se justifique su decisión, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por las entidades financieras en este tipo de créditos. Ella, a su turno, será siempre inferior a la menor de todas las tasas reales que se estén cobrando en el sistema financiero, según certificación de la Superintendencia Bancaria, sin consultar factores distintos de los puntos de dichas tasas, e independientemente del objeto de cada crédito, y a la tasa menor se le deberá descontar la inflación para que no se cobre doblemente.

De esta manera la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la disposición.

También debe resaltarse la declaración de exequibilidad condicionada de los numerales 2.º y 7.º del artículo 17 *ibídem*, y de inexequibilidad de algunas expresiones del párrafo 3.º del artículo 42 *ibídem*. En el caso del numeral 2.º del artículo 17, la Corte sostuvo que la norma se ajustaba a la Constitución siempre y cuando se entendiera que lo que debe ser objeto de actualización son los saldos insolutos, a medida que se paguen las cuotas por el deudor, amortizando en ellas desde el principio a capital.

Respecto del numeral 7.º del mismo artículo, señaló que la disposición debía interpretarse en el sentido de que ningún plan de amortización en materia de financiación de vivienda puede permitir que en las cuotas mensuales solamente se paguen intereses. Según la Corte, desde la primera cuota ellos deben contemplar la amortización a capital para que el saldo vaya disminuyendo, y debe ser sobre los saldos insolutos, actualizados según evolucione la inflación, que se cobren los intereses remuneratorios.

Además, la declaración de inexequibilidad de expresiones del párrafo 3.º del artículo 42 se debió, por una parte, a que a juicio de la Corte la suspensión de los procesos hipotecarios que estuvieran en curso a la entrada en

vigencia de la ley no podía supeditarse a que los deudores se acogieran o no a la liquidación que realizaran las entidades prestamistas, pues la reliquidación de los créditos era un derecho de todos los deudores que hubieran contraído obligaciones hipotecarias en UPAC. La Corte estimó entonces que tal exigencia vulneraba el derecho a la igualdad de los deudores, ya que les impedía acceder en igualdad de condiciones al abono a sus obligaciones previsto por la ley. Por otra parte, la Corte consideró que también vulneraba el derecho a la igualdad y al debido proceso el permitir que si dentro del año siguiente a la reestructuración del crédito el deudor incurriera nuevamente en mora, los procesos se pudieran reiniciar a solicitud de la entidad financiera y con la sola demostración de la mora. Para la Corporación se trataba de situaciones jurídicas distintas y, por tanto, las nuevas moras debían dar lugar a procesos distintos.

En el segundo pronunciamiento –Sentencia C-1140 de 2000– la Corte declaró inexecutable los artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999, sobre la inclusión de cláusulas compromisorias en los contratos de créditos de vivienda y sobre el pago de gastos y costas en los procesos arbitrales relativos a créditos de vivienda, y executable de manera condicionada el artículo 43 *ibidem*, sobre la excepción de pago en los procesos hipotecarios.

En relación con los artículos 35, 36 y 37, la Corporación encontró –como aseguraban los demandantes– que la inclusión de cláusulas compromisorias en este tipo de créditos constituía un obstáculo para el acceso a la administración de justicia de los deudores hipotecarios, toda vez que, de un lado, los créditos de mutuo en esos casos son de adhesión, de manera que los deudores no pueden evitar la inclusión de la cláusula compromisoria, y de otro, las disposiciones demandadas no establecían la forma de elegir los árbitros, lo cual dejaba indefenso al deudor en un contrato de adhesión.

La declaración de exequibilidad condicionada del artículo 43 se basó en que, en criterio de la Corte, el que los deudores hipotecarios presentaran la excepción de pago dentro del proceso tendiente al cobro de la obligación, no podía significar el cierre de la oportunidad de reclamar más adelante lo que les continuara adeudando la entidad prestamista o los perjuicios que les hubiera causado por el cobro de lo no debido.

En las sentencias C-383 de 1999, C-747 de 1999 y C-955 de 2000 salvaron su voto los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Vladimiro Naranjo Mesa, debido a que, entre otras razones, a su juicio, la Corte había terminado por incurrir en la misma conducta que cuestionaba al Legislador. En efecto, en la Sentencia C-383 de 1999, la Corte fundó su decisión, entre otros argumentos, en que el Legislador había invadido la autonomía técnica de la Junta Directiva del Banco de la República al ordenarle tener en cuenta las variaciones de las tasas de interés en el cálculo de los valores en moneda real del UPAC. En criterio de la Corte, ya que la determinación de la corrección monetaria puede hacerse de distintas maneras, lo propio es que estas cuestiones técnicas se dejen en manos de la autoridad monetaria. Para los magistrados que salvaron su voto, la Corte terminó también invadiendo la autonomía técnica de la Junta Directiva del Banco de la República al señalar otra serie de parámetros que debía tener en cuenta para el cálculo de la corrección monetaria del UPAC –al igual que lo había hecho el Legislador–, y, en el caso de la Ley 546 de 1999, al ordenarle fijar una tasa máxima de interés remuneratorio para un grupo de créditos de vivienda. Sobre este punto afirmaron los magistrados Cifuentes y Naranjo en la Sentencia C-383 de 1999:

El mismo celo que emplea la Corte para impedir que la función que la ley le asigna a la Junta Directiva del Banco de la República pueda ser menoscabada por el Legislador –titular del *ius monetandi*–, no lo aplica frente al propio órgano jurisdiccional que, por vía negativa, dispone que la fórmula de cálculo de la UPAC no podrá ser vinculada al movimiento de las tasas de interés. Esto quiere decir que en adelante esta función de la Junta Directiva del Banco de la República se ejercerá conforme a este criterio, señalado no por el Legislador –como lo dispone el artículo 372 de la Constitución Política–, sino directamente por la Corte Constitucional. En este punto, la Corte desdeña el discurso relativo a la “autonomía técnica” de la Junta Directiva del Banco Central, que le sirvió para excluir a los representantes del pueblo en la determinación de la metodología para calcular la UPAC, pero que no revela ningún poder de resistencia frente a la intervención del

juez constitucional que, en cambio, sí podría con toda libertad, conocimiento de causa y fuerza de cosa juzgada imponer el suyo propio.

Posteriormente, en la Sentencia C-955 de 2000 aseguraron:

La Corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al Legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna. De una parte, la atribución de competencias a la Junta Directiva del Banco de la República, sólo la puede hacer el Legislador, no la Corte Constitucional, mediante sentencia. En el mismo sentido, las funciones de la Superintendencia Bancaria escapan a la potestad ordenadora de la Corte Constitucional. En la sentencia, la Corte dispone que los créditos de vivienda tendrán una tasa máxima de interés remuneratorio, que será fijada por la Junta Directiva del Banco de la República, con base en una certificación que proveerá la mencionada superintendencia. De otra parte, la potestad interventora del Estado, al igual que la competencia normativa para dictar reglas sobre los derechos constitucionales –ambas atribuciones del Legislador–, sufren la desembozada suplantación de la Corte, que decide intervenir de manera permanente la tasa activa de los créditos de vivienda y de los destinados a la construcción. En efecto, la sentencia determina que la tasa de interés remuneratorio de estos préstamos deberá ser siempre inferior a la más baja tasa del mercado financiero. Sin duda se trata de una medida intervencionista, pero tomada por el órgano de la justicia constitucional por fuera de sus funciones constitucionales. Pese a la innovación que pretorianamente se introduce en el régimen financiero, la Corte extiende esta norma creada por ella a todos los contratos de mutuo celebrados con anterioridad, cuyas cuotas nuevas deberán ajustarse a la tasa máxima que se establezca por la Junta Directiva del Banco de la República. La retroactividad y la alteración de la seguridad jurídica, que normalmente podría dar base para aducir una glosa constitucional a propósito de la intervención regular del órgano competente, no resulta oponible cuando es la Corte la que dicta las medidas. La sentencia anuncia con claridad que ha nacido en el panorama de los órganos regula-

dores del Estado, uno superior a todos, dotado de poderes de intervención, cuyas resoluciones incluso no experimentan las limitaciones que se pueden hacer valer ante las autoridades competentes. Este nuevo órgano no es otro distinto de la propia Corte Constitucional.¹⁴⁹

Este cuestionamiento pone de relieve la tensión que existe al interior de la Corte sobre cuál es el papel que el juez constitucional debe jugar en controversias económicas, y las preocupaciones que desde el punto de vista democrático presentan las intervenciones de la Corporación en asuntos económicos. De un lado, en este momento de la Corte –1999 y 2000– se encontraba un grupo de magistrados para quienes el juez constitucional no tenía la legitimación técnica ni democrática para inmiscuirse a fondo en temas económicos, y de otro, un grupo de magistrados para quienes era una consecuencia propia del modelo constitucional que el juez constitucional tuviera que intervenir en estas discusiones, ya que el texto constitucional –particularmente los derechos fundamentales– vinculaba a todos los poderes públicos, lo que legitimaba a la Corte para dictar órdenes a cualquier órgano del Estado con el fin de asegurar la efectiva realización de los derechos.¹⁵⁰ Queda así demostrado que, en temas económicos y sociales, lo que trasciende y comprende la gente es la decisión que se tome.

¹⁴⁹ El magistrado Álvaro Tafur Galvis, en su salvamento de voto, también cuestionó el que la Corte ordenara a la Junta Directiva del Banco de la República fijar una tasa máxima de interés remuneratorio para los créditos de vivienda pactados en pesos. En su criterio: “la Corte ha debido limitarse a la determinación conceptual de tasa remuneratoria, enunciado los factores que la integran, pero no avanzar en el establecimiento de un tope máximo y menos frente a elementos que no son comparables en términos reales como las tasas de préstamos a corto y mediano plazo, cuando los préstamos de vivienda conforme a la propia Ley 546 de 1999 se pactan a plazos que oscilan entre quince y treinta años. // [...] es claro que la fijación de una tasa máxima de acuerdo con los términos de la sentencia si bien en teoría está llamada a proteger a los deudores, deja de lado los intereses de ahorradores y de las propias entidades crediticias, so riesgo de generar un desequilibrio en el sistema que podrá dar al traste con los propósitos buscados, pues no parecen basarse en términos reales del sistema económico definido en la Constitución vigente, que al propio tiempo que impone finalidades sociales reconoce la libre iniciativa dentro del bien común”.

¹⁵⁰ Esta discusión también puede corroborarse en la constancia dejada por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra y José Gregorio Hernández en la Sentencia C-955 de 2000.

Para terminar vale la pena mencionar la Sentencia C-936 de 2003,¹⁵¹ porque en ella la Corte puso de relieve que las limitaciones de los créditos de vivienda analizadas en apartes previos solamente se predicán de los créditos destinados a vivienda familiar. En los demás tipos de créditos para la adquisición de inmuebles opera plenamente el principio de autonomía de la voluntad, razón por la cual la Corte encontró que se ajustaba a la Carta el artículo 1.º de la Ley 795 de 2003, sobre contratos de *leasing* habitacional. En esta sentencia la Corte también concluyó que el derecho a la vivienda digna no implica únicamente el derecho a la propiedad sobre la vivienda, y que ello hace admisibles distintas formas seguras de tenencia y sistemas adecuados de financiación a largo plazo. Sin embargo, esto no supone (i) que necesariamente todo sistema de financiación esté por fuera de las condiciones mercantiles ordinarias; (ii) que todos los sistemas de financiación tengan los mismos parámetros financieros; (iii) que deba existir un único régimen de financiación de vivienda a largo plazo; (iv) que necesariamente todo sistema de financiación a largo plazo deba ser igualitario; por el contrario, es pertinente y posible que se distinga entre quienes tienen capacidad adquisitiva y quienes, por sus condiciones financieras, estén excluidos de la posibilidad de pagar precios ordinarios.

¹⁵¹ M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

3. Derechos colectivos*

Beatriz Londoño Toro**

María Teresa Palacios Sanabria***

3.1. Análisis de la jurisprudencia sobre función ecológica y social de la propiedad

3.1.1. Generalidades del concepto de función ecológica y social de la propiedad

El concepto de propiedad privada es una de las conquistas del pensamiento individualista liberal y del avance de las ideas de la Revolución Francesa. La propiedad privada es en efecto catalogada como un derecho fundamental y la legislación aplicable se ha mostrado a lo largo del tiempo excesivamente protectora de este privilegio.

La Constitución Política de 1886, en busca del orden y el centralismo, y con la influencia del pensamiento conservador, planteó el derecho a la propiedad privada como inviolable y absoluto dentro del marco de la ley, con la necesidad de sustraerse de abusar de este mismo.¹

* Las autoras agradecen la colaboración de Andrés Felipe Figueroa Samper.

** Abogada UPB, doctora en derecho constitucional de la Universidad Complutense, profesora de carrera y directora del Grupo de Investigación en Derechos de Humanos de la Universidad del Rosario.

*** Abogada de la Universidad del Rosario, candidata a doctora de la Universidad de Sevilla, profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

¹ El texto original del artículo 31 de la Constitución de 1886 era el siguiente:

“Los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. // Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resulten en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público. Pero las expropiaciones que sea preciso hacer requieren plena indemnización con arreglo al artículo siguiente”. Texto de la Constitución Política de Colombia de 1886, artículo 31, en la compilación realizada por Carlos Restrepo Piedrahíta, *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, pp. 349-350.

A pesar de ello, la sacralizada propiedad privada atemperó sus efectos a partir de la expedición del artículo 10.º del Acto Legislativo No. 1 de 1936, en el cual se determinó que la propiedad era una función social y se modificó así el artículo 31 original de la Carta Política de 1886.²

El citado artículo hace referencia expresa al derecho de propiedad como derecho incluido dentro del grupo de los derechos adquiridos con justo título; adicionalmente complementa la utilidad pública y social de la misma con la expresión: “La propiedad es una función social”, y determina cargas respecto del titular de esta, a fin de que sea ejercida de manera adecuada.

De otro lado incluye a la equidad como motivo suficiente para que el Legislador determine en qué casos deberá limitar este derecho en cabeza del dómine a fin de dar bienestar a la colectividad. Con estas adiciones varía el concepto de propiedad privada y se pone a ésta al servicio de los demás, despojada de la coraza de inviolabilidad que la revistió durante tantos años, como producto del temor que ocasionaba el que pudiera ser vulnerada por parte del poder político.

El derecho de propiedad es objeto de una sustancial variación, en la cual se da un giro ideológico al concepto y se desbordan los postulados individualistas propios de la Constitución en mención. El Acto Legislativo No. 1 de 1936 retoma postulados del profesor francés León Deguit, en los cuales se refiere al concepto de propiedad privada y sostiene que “[l]a propiedad era una función social y que aquella que se apoyara únicamente sobre la utilidad social no debía existir sino en la medida de esa utilidad social”.³

² El artículo 10.º del Acto Legislativo No. 1 de 1936 disponía: “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público o social. // La propiedad es una función social que implica obligaciones. // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el Legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa”. Texto del Acto Legislativo No. 1 de 5 de agosto de 1936, artículo 10, reformativo del artículo 30 original de la Carta de 1886, en la compilación realizada por Restrepo Piedrahíta, *op. cit.*, pp. 441-442.

³ Salvamento de voto de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 11 de agosto de 1988, M.P.: Jairo E. Duque Pérez, en *Gaceta Judicial*, N° 2434, tomo CXCV, segundo semestre, p. 136.

La mencionada declaración hace que la propiedad como derecho absoluto e inalienable encuentre un límite adicional a los tradicionales de abuso del derecho y principio de legalidad, y hace al dómine responsable ante la comunidad por los bienes que posea y por la utilidad que disponga para ellos.

Es así como la propiedad privada en el contexto normativo y jurisprudencial colombiano ha sido considerada como un derecho con dos planteamientos fundamentales: de un lado se da protección al derecho de propiedad privada y del otro se atribuye a este la función social que comporta una serie de obligaciones en cabeza de su titular, como por ejemplo la explotación económica de sus bienes y la realización de actos posesorios, entre otros.

Adicionalmente, la Constitución Política de 1991 en el artículo 58 avanza aún más y contempla otra finalidad de la propiedad, la cual se funda en la solidaridad, en el replanteamiento de la explotación de los recursos naturales y en la conciencia sólida de preservar el ambiente e incluir dentro del saber general el concepto de desarrollo sostenible; este postulado no es otro que la función ecológica de la propiedad.⁴

Avanzando hacia el garantismo y en desarrollo del principio de solidaridad promulgado en el artículo 1.º, la Carta incluye la función ecológica como componente básico de la función social, toda vez que la preservación del medio ambiente y la protección de los recursos naturales sin lugar a dudas redundan en el bienestar general. La inclusión de este nuevo componente exige de ahora en adelante la obligación de que los propietarios no solo deban propender a dar una función de interés público a la propiedad en aquellos eventos en

⁴ El artículo 58 dispone que: “Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social [...] // La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica [...] // El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad [...] // Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el Legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el Legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, incluso respecto del precio”.

los que la ley lo dispone (procesos de pertenencia, expropiación por motivos de utilidad pública, etc.), sino que además deberán dar un adecuado uso a sus bienes de tal forma que no se afecten o desequilibren el medio ambiente y los recursos naturales.

Como ocurre con otros derechos y garantías constitucionales, en control abstracto de constitucionalidad se ha determinado el alcance de la noción y se han dispuesto los límites del derecho de propiedad, involucrando de una forma más comprometida el interés general y los derechos colectivos a través de la ampliación del concepto de función social con el componente de función ecológica.

3.1.2. Enfoque jurisprudencial frente a la función social y ecológica de la propiedad

Debido a que ha sido tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como la de la Corte Constitucional la herramienta por medio de la cual se ha dado alcance a los conceptos de función social y ecológica de la propiedad, a partir de las hipótesis que se plantean a continuación será posible determinar la postura adoptada por estas corporaciones a lo largo del tiempo y señalar sus avances y retrocesos.

3.1.3. El Código Civil se replantea frente a la función social⁵

En este apartado se ha querido plantear como eje central de análisis la discusión a partir de la siguiente cuestión: ¿el clásico concepto de propiedad privada desde la óptica civilista ha sido verdaderamente cuestionado y modificado a partir de la inclusión de la función social de la propiedad privada a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia?

Con el propósito de responder adecuadamente a este planteamiento es imperativo viajar en el tiempo observando en detalle las providencias de las Cortes, que se han ocupado de despejar el tema.⁶

⁵ El tema de la propiedad requiere de invocación al Código Civil y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como Corte de Casación.

⁶ Léase Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional.

En primer término se encuentra la Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 6 de mayo de 1927, que se refiere a la propiedad privada y a su concepto netamente individualista:

La propiedad, como todo derecho, se entiende dada y reconocida por la ley con el fin de hacer posible la convivencia social, no para imposibilitarla. No se puede pues, admitir que nadie pueda hacer uso del propio derecho de propiedad hasta el punto de hacer imposible el coetáneo ejercicio del mismo derecho para el vecino. Y si la ley no preveía ni prohibía algunos de los modos de ejercer la propiedad incompatibles con las fundamentales exigencias sociales, no por esto pueden estimarse lícitos.

Muy al contrario, deben considerarse ilícitos, en virtud de la esencia misma de la propiedad y de todo derecho que, según se ha dicho es medio y condición, no obstáculo para la convivencia pacífica de los hombres. Las limitaciones al libre uso de la propiedad, reconocidas por la ley, más que para rechazar, deben servir para afirmar todas las que puedan fundamentalmente justificarse del mismo modo.⁷

Si bien el objeto de estudio de este libro se concentra en el análisis de la jurisprudencia de las cortes encargadas de efectuar el control de constitucionalidad (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia –Sala Plena y posteriormente Sala Constitucional–), es imprescindible referirse a algunos pronunciamientos provenientes de la Sala Civil de la Corte Suprema, toda vez que el tema que se analiza en este acápite es la función social y ecológica de la propiedad y este componente ha sido estudiado en detalle por esta sección, que ha hecho fundamentales precisiones y ha fijado el alcance y los límites de la propiedad privada desde su óptica de derecho real.

Como puede verse, la jurisprudencia transcrita esboza un primer concepto de lo que nueve años más tarde sería la función social de la propiedad

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 6 de mayo de 1927, citada en la sentencia de constitucionalidad de la misma corporación, Sala Plena de 11 de agosto de 1988, M.P.: Jairo E. Duque Pérez, en *Gaceta Judicial*, N° 2434, tomo CXCIV, 1988, p. 125.

privada. En la declaración de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se sostiene la necesidad de que el instrumento para alcanzar la felicidad y pacífica convivencia entre los asociados sea la propiedad, y que el ejercicio de esta solamente será legítimo en la medida en que no perturbe los derechos de los demás ni contravenga las disposiciones legales. Se evidencia en este concepto entonces la restricción constitucional de no abusar del derecho y de no contrariar la ley.

Si bien en el antecedente jurisprudencial referenciado no se explicita la función social, sí se deja clara la noción de que dicho derecho no es absoluto y de que su ejercicio tendrá que compadecerse con los intereses de los demás dado que impide afectar el derecho legítimo de los otros, que se encuentran en pie de igualdad frente a un determinado titular.

En su lugar, la Sentencia de Sala Plena de la misma corporación de 10 de marzo de 1938, M.P.: Juan Francisco Mújica, expone el cambio de concepción de la Constitución Política de 1886 frente a la propiedad privada, a través de la reforma constitucional de 1936. En este sentido se pronuncia que:

El Constituyente de 1936 relativizó el derecho fundamental de la propiedad, acentuando la sumisión de esta a los intereses de la colectividad y con ello la limitación del libre arbitrio del propietario.

Este Constituyente dio a la propiedad individual el fundamento de la función social que implica obligaciones, conformándose a las teorías modernas de los defensores de aquella, quienes prescinden de la forma fija y siempre idéntica que las aludidas escuelas económicas atribuían a esa institución, para admitir que, desde luego la propiedad ha revestido en la historia formas muy diversas y es susceptible de modificaciones muy grandes, solo se garantiza plenamente por el artículo 26 de la codificación constitucional en la medida en que responde a las necesidades colectivas de la vida económica.⁸

Con la declaración efectuada por la Corte Suprema en esta sentencia se da una noción del dinamismo con el que deben ser entendidos los derechos

⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, de 1 de marzo de 1938, M.P.: Juan Francisco Mújica, en *Gaceta Judicial*, N° 1932, tomo XLVI, 1938, pp. 195-196.

humanos, toda vez que los mismos se adaptan de acuerdo a las necesidades de la sociedad y a los enfoques socio-políticos que se dan en determinados contextos. La alta corporación es enfática en la necesidad de comprender las necesidades colectivas de la vida económica, quizá por percibir que solo en la medida en la que se revista a la propiedad de la función social será posible que marchen de una mejor manera las relaciones entre los individuos.

En el mismo pronunciamiento jurisprudencial la Corte Suprema sostiene que la concepción de la propiedad como derecho subjetivo, con ocasión de la reforma de 1936, desaparece del ordenamiento constitucional colombiano y en su lugar se adopta la concepción de función ecológica, dando un nuevo aire así a la Carta Política.

Como refuerzo de la jurisprudencia que se venía esbozando en los primeros años respecto a la función social de la propiedad, la Corte, en otro de sus pronunciamientos, dispuso que

[e]l dominio es en principio un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, que confiere a su titular las tres facultades de usar, de gozar, y de disponer de la cosa o bien sobre la cual recaer dicho derecho; sin embargo, es susceptible de sufrir limitaciones en la duración, extensión o ejercicio de los atributos que lo integran. Tales restricciones pueden ser legales o voluntarias, en el sentido de ser impuestas por la ley o por un acto jurídico del propio titular del dominio.⁹

Es relevante resaltar este pronunciamiento jurisprudencial toda vez que proviene de la Sala Civil de la Corte, y sin embargo hace una importante declaración sobre los límites del derecho de propiedad privada, dejando de lado la absoluta defensa de esta a través de las formalidades tocantes a los bienes.

En razón de que la primera cuestión planteada pretende examinar si la vetusta concepción de la propiedad privada ha variado con ocasión de la función ecológica y social de la propiedad, es preciso hacer referencia a una importante

⁹ Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 15 de marzo de 1965, M.P.: Enrique López de la Pava, *Gaceta Judicial*, N° 2276 a 2277, tomos CXI y CXII, p. 74.

sentencia en la que se demanda la inconstitucionalidad del artículo 669 del Código Civil, toda vez que en su texto se define el derecho de dominio o de propiedad como un derecho real sobre una cosa corporal para gozar y disponer “arbitrariamente” de ella, con la condición de no atentar contra la ley o contra algún derecho ajeno.

La demanda de inconstitucionalidad se funda en que a partir de la reforma de 1936, la palabra “arbitrariamente” causa fricción con la Constitución, toda vez que la inclusión del concepto de función social impide que el titular del derecho de dominio pueda actuar irreflexivamente por el mero hecho de hacer uso de una de sus facultades.

La Corte, haciendo una interpretación un poco restrictiva, considera que el término “arbitrariamente” no contraría la Carta, toda vez que está seguido por las expresiones “no vaya contra la ley o el derecho ajeno”, lo que a juicio de la Corporación morigeró la rigidez del término demandado, y dado que la función social es un mandato legal no hay incompatibilidad entre las normas.

En términos de la Corte se expresa:

Téngase en cuenta además que la acepción en que debe entenderse el adverbio “arbitrariamente”, es la de arbitrio, es decir según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, “facultad que tiene el hombre (en este caso el titular de un derecho) de adoptar una resolución con preferencia a otra” y no la de “abuso”, como podría resultar de la lectura inmediata del artículo 669 del Código Civil. Este fue el alcance que Don Andrés Bello le dio al derecho de propiedad, que definió en el artículo 686 de su proyecto de Código Civil de 1853 como “el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella a nuestro arbitrio, no siendo contra la ley o derecho ajeno”.

Al significado aceptado por la Corte se llega, además, por el condicionamiento que el propio artículo acusado fija al estatuir que las facultades de usar y disponer arbitrariamente atribuidas al propietario no vayan “contra la ley o el derecho ajeno”, restricciones que no tendrían sentido si se acogiera la segunda de las acepciones del adverbio en referencia.

Cabe anotar que esta sentencia podría ser considerada como de las más relevantes en el tema de función social de la propiedad, pues si bien no asumió una postura garantista, desde el punto de vista lingüístico y de protección a este derecho desde la óptica social, recopila gran número de jurisprudencias de la Corte Suprema, desarrolla ampliamente los conceptos relacionados con este punto, y fue objeto de algunos salvamentos de voto que fueron retomados posteriormente por la Corte Constitucional y enriquecieron el debate.

Vale la pena resaltar en este sentido el salvamento de voto del magistrado Gustavo Gómez Velásquez, quien expresa separarse de la decisión mayoritaria de la Sala Plena basado en sentencias anteriores en las cuales se había sugerido que el artículo 30 constitucional se inspiraba en el concepto moderno de propiedad desde el punto de vista económico, de acuerdo con el cual la producción o disfrute de los bienes no interesa solamente al titular del derecho sino también a la sociedad en general.

El magistrado, en este salvamento de voto, consideró además que a pesar de haberse aprobado la reforma constitucional incluyendo el componente de la función social, en virtud de la redacción de los demás artículos del Código Civil aplicables al derecho de propiedad, y con posturas como las sostenidas por la mayoría de la Corte en sentencias como esta, se hace nugatoria la consagración del componente social y por el contrario lo que se logra es la congelación de acciones protectoras de la colectividad y encaminadas al logro de la justicia.

Al parecer, según las jurisprudencias consultadas, la Corte Suprema, en la mayor parte de las sentencias atinentes a la función social, adoptó una argumentación orientada hacia el garantismo y hacia la limitación de la arbitrariedad en el ejercicio del derecho de propiedad; no obstante, las decisiones no se ajustaban en estricto sentido al espíritu propio de la función social de la propiedad. Las declaraciones en abstracto exponían la importancia de darle utilidad colectiva a este derecho; sin embargo, a la hora de revisar los artículos del Código Civil y declarar la inconstitucionalidad de estos por sus excesivos requisitos o lenguaje restrictivo, la alta corporación se muestra tímida y guarda especial veneración por la reglamentación contenida en este texto.¹⁰

¹⁰ Para ampliar este tema ver Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, M.P.: Luis Sarmiento Buitrago, 18 de febrero de 1972.

Por su parte, la Corte Constitucional en gran parte de sus sentencias reitera la importancia de la función social de la propiedad, pero adicionalmente y con ocasión de la inclusión de la función ecológica como componente fundamental y desarrollo de la función social, amplía el concepto hacia el garantismo.

El primero de los pronunciamientos que trató el tema de la función social fue la Sentencia C-006 de 1993, en la cual se expresa que la propiedad privada es tan solo una de las especies de la propiedad, y que es un punto fundamental del cual se vale la organización social para lograr el desarrollo económico.

Adicionalmente, en palabras de la propia Corte Constitucional:

La función social como expresión del principio de solidaridad y ecuación de los varios intereses en conflicto, es una cláusula general que solo puede especificarse en el contexto histórico de las relaciones económicas y sociales, y por el Legislador como máximo mediador del conflicto social, sobre todo si se tiene en cuenta que la fórmula interviene entre los intereses de la producción y los que se derivan de la justicia social y la igualdad.¹¹

Señala la Corte Constitucional, refiriéndose a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que no es suficiente con que el ejercicio de la propiedad privada no perturbe a los demás, sino que adicionalmente es necesario que sea útil a la sociedad, dado que se debe dar cumplimiento a la predicada función social.¹²

En la sentencia en mención se reiteran importantes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia¹³ relacionados con la constitucionalidad de los artículos 4.º y 10.º del Código de Minas, los cuales establecían la necesidad de inscribir en el registro único minero todos los actos relacionados con las actividades mineras y establecer los eventos de extinción de dominio

¹¹ Sentencia Corte Constitucional C-006, 18 de enero de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹² Ver Sentencia C-006 de 1993.

¹³ Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de fechas 10 de marzo de 1938 y 17 de agosto de 1989, entre otras.

sobre aquellas propiedades que no se encontraran debidamente inscritas. La Corte Constitucional, en la sentencia en mención, concluye que:

Dado que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes (C.P. art. 332), corresponde a los titulares de estos últimos la carga de probar el presupuesto que el derecho objetivo indica como necesario para reconocer una situación jurídica de propiedad. La afirmación de la propiedad que hace la Constitución en favor del Estado convierte a la Carta en título de esta reserva minera. Los títulos privados adquiridos con arreglo a leyes preexistentes desafían la situación de dominio eminente y normal del Estado, de modo que la carga de su prueba corresponde al interesado en desplazar en su beneficio una parte de la riqueza minera. A este respecto, la ausencia de prueba, su insuficiencia o la falta de diligencia del particular en acreditar su existencia de conformidad con los dictados del derecho objetivo, no suponen una transferencia del bien de la esfera privada a la pública sino la reafirmación del dominio eminente del Estado sobre el subsuelo y sus recursos, que como titular originario no habrá sufrido mengua en ese caso. En este supuesto resulta absurdo siquiera imaginar que el Estado deba reconocer al particular una indemnización por la extinción de su derecho que, en estricto rigor, debería llamarse simplemente pretensión.

Si bien la exigencia de la inscripción de los títulos mineros anteriores en el registro minero que organiza el código, se instituye con miras a otorgar a los mismos la garantía constitucionalmente consagrada en favor de la propiedad privada, ella igualmente se inspira en un interés general ligado a la función social de la propiedad minera aún en cabeza del Estado. En efecto, la inscripción obligada de los títulos mineros anteriores, particularmente de los que sustentan el dominio privado, permite determinar con nitidez el ámbito preciso y válido del dominio público. En estas condiciones puede el Estado con seguridad otorgar licencias y celebrar una amplia gama de contratos con el objeto de explotar de la mejor manera posible la riqueza del subsuelo y los recursos naturales no renovables, lo que equivale a realizar

la función social de la propiedad minera, por lo menos de manera mediata. A esta exigencia igualmente se une la necesidad de que la inscripción de los títulos anteriores se lleve a cabo dentro del año siguiente a la vigencia del código. Aparte de ser un término razonable, uno abierto o más prolongado interferiría con la utilización social del dominio público minero que, en razón de la reserva constitucionalmente consagrada en favor del Estado, lo expondría con grave peligro de los intereses suyos y de terceros a contratar sobre áreas y minas que luego podrían reclamarse como privadas.

Como puede verse, la Corte, en virtud del cumplimiento de la función social de la propiedad privada, considera ajustado a la Constitución el hecho de que se extinga la propiedad sobre estos títulos en los eventos en los que no se encuentren inscritos en el registro minero, dado que el Legislador ha querido establecer una sanción al propietario que no ejercite su derecho, en aras de dar utilidad a estos bienes; se materializa así el mandato de la expropiación por motivos de utilidad pública y se recrea la función social del derecho de propiedad.

Asimismo es importante tener en cuenta que en la Sentencia C-295 de 1993¹⁴ se determina la viabilidad de imponer límites al derecho a la propiedad privada a través de la declaratoria de los estados de excepción, toda vez que este derecho no se puede considerar como absoluto tal y como estaba entendido en su concepción original, sino que por el contrario se humaniza para poder brindar beneficios a la sociedad en general. En este pronunciamiento se detecta al igual que en el anterior una postura garantista, que defiende la propiedad solamente desde la óptica de la función social.

De igual forma, la Sentencia C-216 de 1993,¹⁵ profundizando en el concepto de la función social de la propiedad, promulga, con referencia a un caso de expropiación determinado por el Ejecutivo, la viabilidad absoluta de estas medidas, dado que en cabeza de este se encuentra la potestad de velar por el interés general de la comunidad. Se reitera también la anterior postura de

¹⁴ Sentencia Corte Constitucional C-295, 29 de julio de 1993, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Sentencia Corte Constitucional C-216, 9 de junio de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, según la cual el ejercicio del derecho de propiedad no puede ser arbitrario.

Adicionalmente se confirma que la función social de la propiedad es un elemento básico que integra el núcleo esencial de los principios rectores de la organización política, adoptando así de nuevo una postura garantista frente a la utilidad y el interés público.

Dado que una de las cuestiones planteadas consiste en determinar si realmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional recoge en mayor o menor medida los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, es importante hacer referencia a la Sentencia C-157 de 1997, en la cual se determina una vez más la imposibilidad de que el derecho a la propiedad sea absoluto, y que deben imponérsele límites en aras de alcanzar el interés público. Se refiere esta sentencia al aumento de las sanciones determinadas por el Legislador en el caso del delito de invasión de edificaciones, tierras ajenas y urbanización pirata.

Expresa la Corte:

Como lo ha sostenido la Corte en numerosas sentencias, el derecho de propiedad no es absoluto y en la Constitución se consagran restricciones y limitaciones en cuya virtud, sobre el interés particular del dueño, prevalece el interés social (arts. 1.º y 58 C.P.).

Las obligaciones derivadas de la preceptiva constitucional, a cargo de todo propietario, pueden ser definidas por la ley y concretadas por los jueces a través de mecanismos tales como la expropiación o la extinción del dominio, según lo ha destacado la Corte (cfr. sentencias C-066 del 24 de febrero y C-216 del 9 de junio de 1993), de lo cual resulta que el sistema jurídico tiene contemplados los mecanismos y procedimientos con arreglo a los cuales, sin desconocer los derechos del dueño, se puede deducir en la práctica la relatividad de los mismos y su sometimiento a la prevalencia del interés público, así como el cumplimiento de las obligaciones, cargas y deberes que supone la función social.¹⁶

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional C-157, 19 de marzo de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Esta sentencia podría ser vista desde el prisma del garantismo desde diferentes perspectivas. De un lado podría considerarse favorable respecto al derecho a la vivienda, a la confianza legítima y la buena fe de los compradores, y del otro podría ser considerada como restrictiva, en el sentido de que muchos de los ocupantes de un terreno pueden no tener otra opción de supervivencia y por tal motivo incurrir en conductas delictivas a falta de garantía, por parte del Estado, del derecho a la vivienda de interés social y a su adecuado acceso.

Con relación a las restricciones que proceden respecto al derecho a la propiedad privada, vale destacar el fallo C-352 de 1998,¹⁷ según el cual estas deberán ser necesarias, proporcionales y racionales de cara a las finalidades públicas, y sin que sean estas limitaciones de tal envergadura que se afecte el núcleo esencial del derecho a la propiedad.

Respecto al tema que se analiza en este apartado, la Sentencia C-595 de 1999¹⁸ puede ser considerada, más que como un antecedente jurisprudencial, un verdadero precedente, toda vez que en ella se examina de nuevo el artículo 669 del Código Civil, en el cual se planteaba que el derecho de dominio o de propiedad implicaba para su titular la posibilidad de disponer “arbitrariamente” del mismo.

Se resalta la importancia de este precedente en razón que años atrás la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de Sala Plena, de fecha 11 de agosto de 1988, al examinar este artículo por cargo de inconstitucionalidad sobreviniente declaró exequible el término “arbitrariamente” tal y como se ha resaltado con anterioridad. En su lugar, volviendo sobre este mismo punto, la Corte Constitucional al realizar una confrontación del texto del mencionado artículo del Código Civil con respecto al 58 constitucional, declara que esta expresión resulta ser inexecutable: “Va de suyo que la propiedad, implícitamente comprendida en el artículo 31 de la Constitución de 1886 que trata el tema de los derechos adquiridos, había que entenderla según la doctrina prevalente, recogida un año más tarde en el Código Civil adoptado por la Ley 57 de 1887, en una disposición idéntica a la que hoy se demanda”.

¹⁷ Sentencia Corte Constitucional C-352, 15 de julio de 1998, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸ Sentencia Corte Constitucional C-595, 18 de agosto de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Claro que el inciso segundo del mencionado artículo 31, al proclamar la prioridad del interés público frente al privado, en caso de conflicto, significaba ya una erosión del concepto absolutista de propiedad, que el artículo 669 del Código Civil recogía, pues el Estado se reservaba la potestad de limitar los atributos del derecho de propiedad privada, en beneficio de un interés que juzgaba superior.

No fueron arbitrarias ni gratuitas, entonces, las acciones de inconstitucionalidad dirigidas contra el artículo 669, pues aún bajo la vigencia de la Constitución de 1886, resultaba razonablemente cuestionable la posibilidad jurídica del propietario de usar y disponer arbitrariamente de la cosa objeto de dominio, ya que dicha potestad estaba morigerada al circunscribirse a los límites de la ley y al derecho ajeno.

Como lógico corolario, la configuración del derecho de propiedad (reiterativa de la inconsistencia anotada a propósito de la Reforma de 1936), se hizo atenuando aún más las connotaciones individualistas del derecho y acentuando su función social; agregó además el Constituyente de 1991 que al derecho de propiedad le es inherente una función ecológica y creó, con el mandato de que sean protegidas y promovidas, formas asociativas y solidarias de propiedad.

Es claro que el paso dado por el Constituyente de 1991 aleja todavía más al ordenamiento jurídico colombiano, y ahora sí de modo inocultable y considerable, de la noción marcadamente individualista (aunque con innegables atenuantes), contenida en el artículo 669 del Código Civil, particularmente enfatizada por el adverbio “arbitrariamente”, así se hagan imposibles intentos hermenéuticos para restarle fuerza a esa palabra.

El concepto de propiedad que se consagra en la Constitución Colombiana de 1991 –y las consecuencias que de él hay que extraer– es bien diferente del que se consignó en el Código Civil adoptado en 1887; el uso que en este código se prescribe del concepto de propiedad dista mucho de coincidir con el que ha propuesto el Constituyente del 91; por ende, se deduce que el contenido del artículo 669 del Código Civil, según el cual el propietario puede ejercer arbitrariamente las potestades implícitas en su derecho, no da cuenta cabal de lo que es hoy la propiedad en Colombia.

Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término “arbitrariamente” (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado.

Sin lugar a dudas, el texto de la *ratio decidendi* de esta sentencia plantea un absoluto garantismo frente al criterio de la función social de la propiedad privada y rompe definitivamente con el rezago que subsistía aún en el Código Civil, según el cual se conservaba la expresión “arbitrariamente” por no considerarse lesiva, ni contraria al anterior artículo 30, en razón a la salvedad incluida en el mismo artículo acerca de que el ejercicio de la propiedad no podía contrariar derecho ajeno o disposiciones legales.

La Corte Constitucional retomó entonces, aunque no expresamente, los salvamentos de voto de los magistrados Gustavo Gómez Velásquez, Rodolfo Mantilla Jácome y Edgar Saavedra Rojas, de la sentencia antes señalada de la Corte Suprema en Sala Plena, y resaltó la importancia de depurar el lenguaje de derechos, para la creación de una cultura de protección a los derechos humanos, retomando quizá planteamientos de estudiosos como la profesora Adela Cortina.

Si bien existen más pronunciamientos jurisprudenciales sobre la función social de la propiedad proferidos por la Corte Constitucional, estos reflejan básicamente las mismas posturas de los que han sido citados como paradigmáticos a lo largo de este análisis. Dada la importancia de la función social de la propiedad, sería adecuado verter todo este ideario en la construcción de políticas públicas que permitan hacer más cercana a la sociedad esta noción, a través de verdaderas reformas agrarias estructuralmente planificadas, acceso a bienes y servicios y mejoramiento en las condiciones laborales de quienes participan activamente en la generación de ingresos y en los procesos productivos.

3.1.4. Aparición de la función ecológica en el orden jurídico colombiano

Con el propósito de exponer la presencia de la función ecológica en el ordenamiento jurídico colombiano se plantea la siguiente hipótesis afirmativa:

La Corte Constitucional recoge los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en lo relativo a la función social de la propiedad, y los integra con el concepto de función ecológica.

Ahora bien, con el objeto de no dejar de lado uno de los componentes fundamentales de la función social, como lo es la función ecológica de la propiedad, se hará un examen a la jurisprudencia relacionada con esta última, partiendo de la base de que su aparición se considera como la tercera etapa de evolución en el concepto de propiedad privada, de acuerdo con lo anotado por la Corte Constitucional en algunas de sus sentencias.

A manera de referencia, es preciso indicar que si bien la Corte Suprema de Justicia no analizó el concepto de función ecológica de la propiedad debido a que en la Constitución de 1886 no se encontraba aún, sí existe una sentencia de esta corporación que insinúa no solo su necesidad, sino también su posterior consagración en lo que sería la Carta de 1991.

Este importante antecedente es la Sentencia 56 de 14 de septiembre de 1989, de la Sala Plena, magistrados ponentes Hernando Gómez Otálora, Jaime Sanín y Dídimo Páez, en la que se determina con ocasión de la revisión de una demanda de inconstitucionalidad en contra de la ley de reforma urbana que:

Los planes de desarrollo urbano incluirán aquellas finalidades socialmente útiles a las cuales pueden destinarse los terrenos urbanos, inclusive la asignación de las áreas urbanas de actividades, tratamientos y prioridades para desarrollar los terrenos no urbanizados, construir los inmuebles no construidos, conservar edificaciones y zonas de interés histórico, arquitectónico y *ambiental, reservar las zonas para la protección del medio ambiente y de la ecología, delimitar las zonas de desarrollo diferido, progresivo, restringido y concertado, renovar y desarrollar zonas afectadas con procesos de deterioro* económico, social y físico y rehabilitar las zonas de desarrollo incompleto o inadecuado. [Cursivas fuera del texto.]

Al revisar el texto de la Constitución de 1991 en su artículo 58 se evidencia lo anotado anteriormente, toda vez que dispone: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función

ecológica”. La afirmación de que es inherente implica que es un elemento básico y fundamental el respeto por los recursos naturales y el desarrollo sostenible, para que se verifique un verdadero cumplimiento de la función social.

Si bien la Sentencia C-216 de 1993 no se refiere de manera expresa a la función ecológica de la propiedad, sí esboza la importancia del mantenimiento de los recursos naturales, tal y como se verá en otros pronunciamientos.

Estima la Corte que, en efecto, esta disposición vulnera la preceptiva constitucional, pues a su tenor, los recursos naturales, que merecen especial protección del Estado (artículos 8.º, 79 y 80 de la Constitución), quedan supeditados a la utilización que de ellos hagan quienes desempeñan las actividades mineras y para los fines de estas, a lo cual se añade que la obligación impuesta por la norma en el sentido de “conservarlos y restaurarlos” no tiene aplicación práctica, pues queda librada a su factibilidad técnica y económica, lo cual implica la más absoluta desprotección del medio ambiente y de la riqueza natural.¹⁹

En la Sentencia C-157 de 1997, antes referenciada en este análisis, la Corte declara que es un mandato de la Constitución velar por el mantenimiento del equilibrio ambiental, la preservación de los recursos naturales, la protección de la vida, la salud, la integridad y la prevalencia del interés general y las obligaciones sociales.

En el examen de constitucionalidad que se realiza en esta sentencia no se hace explícita la función ecológica de la propiedad, pero sí se hace alusión a la obligación que radica en cabeza del Estado de promover las medidas de protección del medio ambiente y el equilibrio en el manejo de los recursos naturales.

Por su parte, la Sentencia C-126 de 1998,²⁰ al realizar el examen de constitucionalidad de algunos artículos del Código de Recursos Naturales,

¹⁹ Sentencia Corte Constitucional C-216, 9 de junio de 1993, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

²⁰ Sentencia Corte Constitucional C-126, 1 de abril de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

plantea a lo largo de sus consideraciones que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se modificó la relación existente entre la sociedad y la naturaleza, dado que la protección del medio ambiente es un principio con efecto de irradiación en todo el orden jurídico.

Asimismo, de la “Constitución ecológica”, como ha sido llamado este texto en el que se adopta el concepto de desarrollo sostenible,²¹ se desprenden una serie de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares.

En esta misma Sentencia C-126 de 1998 la Corte, al efectuar el examen de unas normas del Código de Recursos Naturales que pretendieron en su momento modificar algunas disposiciones del Código Civil, expresó que:

... la decisión gubernamental de modificar ciertas normas civiles es totalmente congruente con la finalidad de la regulación ecológica que se quería expedir en ese momento, puesto que uno de sus objetivos, tal y como lo establece la ley habilitante y las primeras normas del propio código, era lograr un aprovechamiento racional y una adecuada conservación de los recursos naturales renovables. En tales circunstancias, resultaba perfectamente razonable que el Presidente haya querido sustraer ciertos asuntos relacionados con el uso y la explotación de tales recursos de la legislación civil, por cuanto esta se rige primariamente por el principio de autonomía de la voluntad, el cual puede entrar en conflicto con la función ecológica de la propiedad (C.P. art. 58) y con la nueva relación entre la sociedad y naturaleza, que es propia de una legislación ambiental, como la que se quería expedir. Así, esta Corporación ya había señalado que “la filosofía que inspiró al Código de 1974 fue la de recoger y someter a crítica toda la legislación de aguas vigente hasta entonces, actualizarla y complementarla, de modo que guardara armonía con su concepción ambientalista moderna que propugna la regulación normativa integral sobre los recursos naturales y la protección al ambiente,

²¹ Entendido como el cambio en los usos sociales y en los riesgos aceptados por la sociedad frente a la explotación de la propiedad.

dado que aquellos constituyen un elemento esencial de este”²² (Sentencia T-379 de 1995, M.P.: Antonio Barrera Carbonell).

De igual forma, en el texto de esta sentencia la Corte señala la triple dimensión de la ecología en la Constitución de 1991, indicando que, como ya se ha dicho antes, la protección del medio ambiente permea el ordenamiento jurídico, se incluye en el artículo 79 como un derecho colectivo, e impone deberes a las autoridades y a los particulares para la conservación del equilibrio ambiental.

La Sentencia C-649 de 1997, al referirse al estudio de los impactos ambientales, hizo importantes precisiones respecto de la equidad intergeneracional y del desarrollo sostenible como punto justificativo de la existencia de la legislación ambiental y de los planes de manejo en esta materia. Expresa la Corte en esta sentencia que:

El derecho que tienen todas las personas, las generaciones presentes y futuras a gozar de un ambiente sano, que emerge del conjunto normativo configurativo del sistema ambiental contenido en los arts. 8.º, 63, 67 inciso 2.º, 79, 80, 81, 82, 88, 93, 94, 226, 267 inciso 3.º, 268-7, 277-4, 282-5, 300-2, 310, 313-7-9, 331, 332, 33 inciso final y 340 de la Constitución Política es, sin lugar a dudas, el fundamento de la obligación que la legislación ambiental ha impuesto a las personas de presentar una declaración de efecto o de impacto ambiental, sustentada en la realización de los correspondientes estudios técnicos, acerca de cuáles son las consecuencias que en el ambiente o en los recursos naturales va a producir el desarrollo o ejecución de una determinada obra o actividad.

La declaración de efecto o impacto ambiental, la obligación de presentar los estudios que le sirvan de soporte y de obtener la respectiva licencia, son objeto de regulación en la Ley 99 de 1993. En efecto, las normas de dicha ley disponen:

²² Sentencia Corte Constitucional C-126, 1 de abril de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Los estudios de impacto ambiental constituyen el instrumento básico para la toma de decisiones con respecto a la construcción de obras y el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar significativamente el ambiente natural, creado y cultural, y deben contener la información que deberá presentar ante la autoridad ambiental competente el peticionario de una licencia ambiental, según los términos de referencia fijados por ésta. Dicha información básicamente debe versar sobre: la localización del proyecto y los elementos abióticos, bióticos y socioeconómicos del medio que puedan sufrir deterioro por la respectiva obra o actividad, para cuya ejecución se pide la licencia, la evaluación de los impactos que puedan producirse, y el diseño de los planes de prevención, mitigación, corrección y compensación de impactos y el plan de manejo ambiental de la obra o actividad, todo de acuerdo con las políticas y regulaciones que en materia ambiental establezca el Ministerio del Medio Ambiente, en ejercicio de las competencias que le han sido asignadas (arts. 5.º numeral 11, y 57).²⁵

En este pronunciamiento se hace evidente la importancia de la realización de los estudios ambientales con miras a un adecuado manejo de los recursos naturales, en lo cual se materializa una vez más la función ecológica de la propiedad. Dicho pronunciamiento, al igual que los anteriores y ya citados, asume una postura garantista frente a esta nueva dimensión de la propiedad privada y constituye por tanto un importante avance en la garantía de los derechos colectivos y del ambiente.

La Sentencia C-1172 de 2004 determina que la función ecológica de la propiedad es una respuesta novedosa del Constituyente de 1991, que tiene su origen en la explotación y el uso indiscriminado de los recursos naturales. El medio ambiente es considerado como derecho colectivo.

Se expresa de igual forma que la función ecológica de la propiedad privada es un límite al ejercicio del derecho a la propiedad; sin embargo, este tipo de restricciones, según la sentencia referida, deberán ser las estrictamente

²⁵ Sentencia Corte Constitucional C-649, 3 de diciembre de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

necesarias para evitar que el derecho se desnaturalice, tal como lo declaró otra jurisprudencia antes citada.

De otro lado vale la pena resaltar el importante rol que se ha atribuido a las comunidades indígenas en la preservación del medio ambiente y en el racional aprovechamiento de los recursos naturales. Se manifiesta así otra de las aristas del postulado de la función ecológica de la propiedad privada.

En este sentido, la Sentencia C-139 de 1996 declaró:

De otra parte, el Constituyente de 1991 con el fin de proteger la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas estableció la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales de las etnias asignándoles, entre otros, el carácter de inenajenables, de manera que no pueden ser objeto de venta o transacción alguna por parte de ninguno de los miembros que conforman la comunidad indígena. Quiso así el Constituyente defender las tierras de los pueblos indígenas como colectividad sujeta a tratamiento especial.²⁴

Lo anterior bajo el entendido de que las comunidades indígenas son autónomas en la administración de su territorio y que el Estado debe ser consciente de la importancia de respetar la identidad cultural de estos grupos, y de la importante función que cumplen en la preservación del medio ambiente.

El Constituyente de 1991 reflejó esta nueva concepción en el texto de la Constitución Política, pues no solamente amplió el alcance de la función social a través de la función ecológica, sino que además consagró acciones concretas para la defensa de los derechos colectivos, dentro de los cuales se ubica el medio ambiente y la protección a la ecología y a los recursos naturales. La acción popular ha tenido un papel protagónico en esto, pues por medio de su interposición el interés público de la comunidad hace presencia y en muchos casos ha relativizado el concepto de la propiedad privada.

²⁴ Sentencia Corte Constitucional C-139, 9 de abril de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

Respecto a la función ecológica de la propiedad los pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional no han sido numerosos; sin embargo, los citados con anterioridad pueden ser calificados como los más importantes pues fijan las bases de la percepción ecológica de la Constitución y contribuyen a la construcción de una conciencia social en este aspecto.

3.2. Análisis de las sentencias de control automático en los temas del derecho al ambiente sano, la protección de la diversidad biológica, los ecosistemas y especies en vía de extinción

“Es la hora de reflexionar y avanzar hacia un modelo de desarrollo que vaya de la mano de una política ambiental y de la participación comunitaria, para lo cual es necesario sentar las bases constitucionales que garanticen un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado para el bienestar social y económico de las generaciones presentes y futuras” (Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 1994).

3.2.1. Generalidades

La actividad internacional en materia ambiental es amplia y profusa. Son frecuentes las voces que en diversos escenarios nos recuerdan la crisis ambiental que vivimos. La magnitud de este fenómeno es de tales características que se ha convertido en un problema prioritario en la agenda mundial y en las agendas locales. Desde los años 70, importantes foros y discusiones mundiales han centrado su debate en el futuro de la humanidad, en la cada vez más limitada posibilidad de disponer de los recursos naturales y en la calidad de vida de los pueblos. La primera respuesta internacional a la crisis fue la Conferencia sobre el Entorno Humano realizada en Estocolmo (Suecia) en 1972; veinte años después, en Río de Janeiro, se convocó por Naciones Unidas la Conferencia sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y, en el 2002, nuevamente se abrió la discusión en Johannesburgo en la denominada Cumbre sobre Desarrollo Sostenible (Río + 10).

Los temas de estas cumbres constituyen la agenda mundial ambiental prioritaria: desarrollo, pobreza y medio ambiente, cambio climático, biodiversidad, género y ambiente, financiación del desarrollo sostenible, transferencia de tecnología, acuerdos comerciales y ambientales, acceso al agua y a la energía, degradación de tierras, sostenibilidad en la explotación de recursos, salud ambiental, protección de comunidades locales e indígenas entre otros.

Las soluciones implican cambios en los modelos de desarrollo económico y social que se han entronizado en Occidente y cuyo rompimiento parece todavía muy lejano. De esta manera los problemas ambientales superan la clásica visión conservacionista y entran a formar parte de las políticas, normas y acciones de defensa que internacional y nacionalmente deben fortalecerse.

Uno de los temas plenamente vigentes es el de la llamada “justicia ambiental”, y en los escenarios académicos y sociales se plantea la necesidad de crear y aplicar instrumentos que permitan proteger a la naturaleza por sí misma, garantizar la vida de las especies y ecosistemas que se encuentran en vía de extinción, no solo como un reclamo humano, sino como un reclamo vital para la supervivencia del planeta. Se plantea la necesidad de fortalecer no solamente los sistemas internos de protección del derecho al ambiente, sino de crear instancias internacionales que con mayor claridad puedan examinar y juzgar la responsabilidad de los Estados en materia ambiental.

Colombia ha sido pionero en legislación ambiental, pues desde 1973 cuenta con un Código de Recursos Naturales y a partir de 1991 cuenta con una de las constituciones más garantistas en materia ambiental que existen en el mundo, la cual ha sido denominada por muchos doctrinantes como la “Constitución ecológica”, pues más de 49 artículos hacen referencia directa a la protección de estos derechos.

Consecuente con estos ideales, el Constituyente de 1991 plasmó en la nueva Constitución Política un amplio catálogo de normas tendientes a la protección y preservación del medio ambiente y de los recursos naturales del país, lo cual ha merecido que se pueda hablar de una “Carta Ecológica”. En efecto, a lo largo de su normatividad se consagran diferentes normas

encaminadas a definir la responsabilidad estatal y comunitaria en materia de protección y conservación de un ambiente sano.²⁵

Como complemento de este escenario constitucional, la expedición de la Ley 99 de 1993 estructuró el Sistema Nacional Ambiental recogiendo los principios internacionales en la materia y fortaleciendo la institucionalidad ambiental colombiana al crear el Ministerio del Medio Ambiente, que luego fue transformado en el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.²⁶

Las discusiones al interior de la Corte Constitucional se encuentran acordes con las de los escenarios internacionales; este organismo ha sido garante de los derechos colectivos y del ambiente y reitera su importancia para las presentes y futuras generaciones en forma muy especial en las sentencias de control automático.

El ambiente, en la Constitución Política, representa una dualidad en el sentido de que ha sido calificado como un derecho-deber. Es un derecho por cuanto ha sido señalado específicamente como tal (art. 79 C.P.) y, además, se encuentra íntimamente ligado con la salud, la vida y la integridad física de los asociados. En consecuencia debe gozar de mecanismos concretos para su protección, como es el caso de las acciones populares de que trata el artículo 88 Superior, y la misma acción de tutela, según lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación. Y también es un deber por cuanto exige de las autoridades y de los particulares acciones encaminadas a su protección.²⁷

Al examinar las demandas de inconstitucionalidad que llegan a la Corte se observa que muchas de ellas pretenden hacer más regresivo el sistema

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. En esta sentencia se hace la revisión constitucional de la Ley 12 de 28 de julio de 1992, “Por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo para la conservación y administración de las áreas marinas y costeras protegidas del Pacífico Sudeste’, firmado en Paipa, Colombia, el 21 de septiembre de 1989”.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-059 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁷ *Idem.*

nacional ambiental y los avances logrados por Colombia a partir del Código de Recursos Naturales y la Ley 99 de 1993. La respuesta de la Corte ha sido garantista en la protección del ambiente sano, sin hacer eco a los intentos que buscan limitar los derechos.

3.2.2. Los debates en las acciones de inconstitucionalidad

3.2.2.1. La biodiversidad, su concepto y protección

El reconocimiento de Colombia como país de gran biodiversidad constituye una de las preocupaciones centrales en la argumentación de la Corte Constitucional.

Cualquiera que sea la interpretación que se le dé al término “biodiversidad”, puede decirse que ella incluye necesariamente la de variedad y multiplicidad de organismos vivos, ya sea de genes, de especies o de ecosistemas dentro de un marco territorial determinado. Con todo, también debe reconocerse que este concepto abarca –para algunos– o por lo menos se relaciona íntimamente –para otros– con la noción de diversidad cultural humana; ello en la medida en que el hombre con sus costumbres, sus tradiciones y sus mecanismos de desarrollo, influye en forma sustancial en el hábitat, definiendo en algunos casos la integridad, el equilibrio y la estabilidad del entorno ecológico.²⁸

Sobre la protección de la biodiversidad en la Constitución Colombiana se destaca el papel del Constituyente y la regulación constitucional en la materia:

No debe la Corte ignorar el hecho de que el Constituyente, en su afán de consagrar disposiciones encaminadas a lograr la preservación y conservación del ambiente y del entorno ecológico, se ocupó con particular interés del tema de la biodiversidad. Así, estipuló –en primer lugar– la obligación de

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 1994. En ella se realizó la revisión constitucional de las leyes 162 y 165 de 1994, por medio de las cuales se aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica celebrado en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

las autoridades públicas y de los particulares de proteger la riqueza cultural y natural de la Nación (art. 8.º C.P.). Conviene en este punto insistir en que la riqueza natural y cultural le pertenece a la Nación; en otras palabras, si bien la protección del ambiente es un asunto que sobrepasa los límites territoriales y le atañe a la humanidad en general, los recursos que se encuentren en cada Estado le pertenecen a él y, por tanto, sólo ese Estado tiene la facultad de utilizarlos y aprovecharlos económicamente de acuerdo con sus propios intereses. De igual forma, para efectos del asunto que se examina, debe la Corte resaltar la importancia que revisten los recursos y la información genética que ha sido aprovechada por las comunidades indígenas, negras y campesinas –principalmente–, cuyo conocimiento tradicional debe ser reconocido y respetado al momento de entrar a negociar sobre una riqueza que le pertenece al Estado colombiano, pero que requiere de la activa participación de esas comunidades, como lo exige, para el caso de los indígenas, el Parágrafo del artículo 330 constitucional.

Con el tiempo, surgió la idea de que la preservación del ambiente no es responsabilidad de un hombre en particular sino que le atañe a toda la humanidad, presente y futura, de forma tal que la destrucción de un bosque o el vertimiento de desechos tóxicos en una fuente de agua, si bien no ocasiona en teoría resultados nocivos inminentes, con el paso del tiempo los efectos desbastadores de esas actuaciones repercutirán gravemente sobre las generaciones futuras.²⁹

En la Sentencia C-582 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández, donde se examina la Ley 357 de 1997 aprobatoria de la convención relativa a los humedales de importancia internacional de Ramsar, se destaca la importancia de los humedales para la preservación del medio ambiente y para la conservación y promoción del patrimonio natural, pues surge el interés público inherente al cuidado de tales áreas, a la luz de la Constitución, y como un verdadero derecho y como un deber de las entidades públicas comprometidas en la defensa del patrimonio común. En este fallo la Corte hace un recorrido por las obligaciones

²⁹ *Idem.*

de la Convención y una descripción amplia de los ecosistemas que se deben proteger en Colombia. Al concluir cita la Sentencia C-519 de 1994:

Esta fabulosa diversidad ofrece un rico patrimonio genético con grandes posibilidades productivas y generadoras de riqueza. En la actualidad, es solo un potencial; pero en el futuro, cuando los recursos genéticos hayan sido caracterizados adecuadamente, ese potencial podrá convertirse en realidad. Sin embargo, esa biodiversidad se encuentra amenazada por los procesos de intervención masiva del hombre sobre el medio ambiente, que ocasiona la destrucción paulatina –y a veces irreversible– de los ecosistemas. Por otro lado, el intercambio de recursos genéticos con otras regiones no ha sido equilibrado, presentándose desfavorable hacia la región. De hecho, no es difícil observar que muchas especies y genotipos originarios de la región hayan salido de ella, para luego regresar como cultivos comerciales mejorados.

3.2.2.2. El concepto de desarrollo sostenible

En relación con el concepto de desarrollo sostenible, respecto al cual existen disímiles posiciones y es uno de los temas más complejos en relación con los principios ambientales, la Corte en la Sentencia C-519 de 1994 hace interesantes aportes: “El concepto de desarrollo sostenible, esto es, la necesidad de compatibilizar, articular y equilibrar el desarrollo humano con el entorno ecológico, de forma tal que las necesidades de la generación presente no comprometa la capacidad de la generación futura para satisfacer sus propias necesidades...”³⁰ La sentencia destaca las conclusiones del informe Brundtland:

El desarrollo sostenible, con su preocupación por las necesidades de las personas hoy y mañana, es finalmente un asunto moral y ético. Sin embargo reúne virtualmente todas las preocupaciones humanas: por la seguridad, un ambiente que nutra, el progreso económico, la democracia, la coopera-

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 1994.

ción internacional, y un futuro seguro para nuestros hijos. Así se crea una poderosa sociedad mundial que nunca antes ha sido posible.³¹

En la Sentencia C-137 de 1996 se señala:

La noción de desarrollo sostenible aparece como un modelo de desarrollo que integra, como una de sus principales variables, al medio ambiente y la protección de los recursos naturales, con el objeto de lograr niveles adecuados de crecimiento económico, sin comprometer el bienestar de las generaciones del futuro.

El concepto de desarrollo sostenible tiene un doble sentido. Por una parte, opera como una norma programática, esto es, como un mandato que ordena que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Es así como el desarrollo sostenible se convierte en un objetivo deseable a lograr por parte de las autoridades públicas a través de dos instrumentos fundamentales: la planeación y la dirección general de la economía por parte del Estado. Ninguno de estos dos mecanismos asegura, per se, una realización completa del fin deseado, pero sí obliga al sector público a hacer todos los esfuerzos necesarios para el logro de su máxima efectividad. Por otra parte, el concepto de desarrollo sostenible opera como un límite a las actividades de explotación o aprovechamiento de los recursos naturales en la medida en que tales actividades son constitucionalmente lícitas siempre y cuando se asegure el derecho de las generaciones futuras a seguir disfrutando de los recursos explotados.³²

En la Sentencia C-339 de 2002 la Corte abordó el problema jurídico referido a la tensión entre crecimiento económico y conservación del medio ambiente:

³¹ *Idem.*

³² Corte Constitucional. Sentencia C-137 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes M. En ella se revisó la Ley 243 de 1995, "Por medio de la cual se aprueba el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales - UPOV del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978".

Es un hecho evidente que la industria extractiva produce una gran cantidad de desechos y desperdicios. El proceso de transformación de grandes masas de materiales para el aprovechamiento de los minerales útiles deja forzosa-mente materiales residuales que deterioran el entorno físico de la región en la cual se adelantan las labores afectando el paisaje y los suelos agrícolas. Dentro de este contexto es necesario conciliar el grave impacto ambiental de la minería con la protección de la biodiversidad y el derecho a un medio ambiente sano, para que ni uno ni otro se vean sacrificados. Es aquí donde entra el concepto del desarrollo sostenible acogido en el artículo 80 de nuestra Constitución y definido por la jurisprudencia de la Corte como un desarrollo que “satisfaga las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de que las futuras generaciones puedan satisfacer sus propias necesidades”.

El desarrollo sostenible no es solamente un marco teórico sino que involucra un conjunto de instrumentos, entre ellos los jurídicos, que hagan factible el progreso de las próximas generaciones en consonancia con un desarrollo armónico de la naturaleza.³³

Un problema similar aborda la Sentencia C-200 de 1999, donde se plantea que las tesis sobre el desarrollo sostenible han buscado superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo –indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas– con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente. Según la Corte:

El desarrollo sostenible debe permitir elevar la calidad de vida de las personas y el bienestar social pero sin sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material a la actividad productiva.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2002, M.P.: Jaime Araújo Rentería. En ella se examinaron varias demandas de inconstitucionalidad frente a los artículos 3.º parcial, 4.º, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la Ley 685 de 2001, “Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”.

El concepto de desarrollo sostenible, esto es, la necesidad de compatibilizar, articular y equilibrar el desarrollo humano con el entorno ecológico; el crecimiento y el desarrollo económicos implican evidentemente cambios en los ecosistemas físicos. No todo ecosistema se puede conservar intacto en todo lugar.

En suma, el desarrollo duradero es un proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la evolución tecnológica y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas.³⁴

3.2.2.3. Planificación ambiental

En la Sentencia C-519 de 1994, que examinó el Convenio de Biodiversidad, se plantea con claridad el contenido de la obligación de planificación ambiental por parte del Estado:

Se trata de una normatividad que no se limita única y exclusivamente a consagrar principios generales, sino que le otorga al Estado y a los ciudadanos instrumentos efectivos para convivir, en la medida de lo posible, dentro de un entorno ecológico sano. Esos instrumentos, como se mencionó, son de diversas categorías. Por una parte aparece en la Carta un amplio catálogo de derechos y deberes del ciudadano, donde se exige un compromiso eficaz, responsable y serio por parte de todos los asociados para que realicen determinados actos y se abstengan de desarrollar ciertas conductas, para así, en virtud del principio de solidaridad y de prevalencia del interés general, procurar una mejor calidad de vida que conlleve al beneficio común. Por otra parte, están los deberes del Estado (Preámbulo; arts. 8.º, 49, 58, 63, 67, 79, 80, 81, 82, 215, 226, 268-7, 277-4, 282, 289, 300-2, 310, 313-9, 317, 330, 331, 333, 334, 339, 340 y 366, entre otros) encaminados a la formulación de políticas de planificación, de control, de conservación y de preservación del ambiente. Estos deberes, por lo demás, implican la participación activa de todas las entidades y agentes del Estado, tanto a nivel nacional, como a niveles regional, departamental o municipal. [...]

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En ella se examinó el Convenio de Maderas Tropicales.

[...] La satisfacción de las necesidades presentes requiere de planificación económica y de responsabilidad en materia de desarrollo, con el fin de que, como se ha señalado en reiterada jurisprudencia, las generaciones futuras cuenten con la capacidad de aprovechar los recursos naturales para satisfacer sus propias necesidades. Esa planificación y esa responsabilidad, para el caso colombiano, les compete, por mandato constitucional, al Estado y a sus agentes, así como a todos los particulares, sin importar en cuál campo económico, político o social se encuentren. Para ello, se requiere de una tarea constante y permanente que implica siempre un alto grado de participación, de conciencia comunitaria y de solidaridad ciudadana. En otras palabras, como lo explica el profesor Martín Mateo: "Solo puede salvar a la Humanidad y al Planeta la sincronización de sus mutuas exigencias".⁵⁵

La obligación de lograr la identificación de los recursos biológicos, su utilización sostenible y la cooperación entre autoridades y asociados, que se desprende del Convenio, se deberá lograr por medio de planes y programas nacionales en los que se determinen las estrategias y objetivos a seguir, así como se buscará la cooperación de todos los estamentos de la sociedad.⁵⁶

3.2.2.4. El principio de precaución

Uno de los temas más importantes en la protección ambiental es el denominado principio de precaución. La Sentencia C-293 de 2002 examina si con el argumento de proteger el medio ambiente a través de la aplicación del principio de precaución y sin tener certeza científica absoluta, se están violando derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa, y se está vulnerando un sistema político como el Estado de Derecho. Concluye la Corte:

Al leer detenidamente el artículo acusado, la corte llega a la conclusión de que, cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas,

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 1994. En ella se realizó la revisión constitucional de las leyes 162 y 165 de 1994 por medio de las cuales se aprobó el Convenio sobre Diversidad Biológica hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-519 de 1994.

encaminadas a evitar un peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de toda posibilidad de arbitrariedad o capricho.

Para tal efecto, debe constatar que se cumplan los siguientes elementos:

1. Que exista peligro de daño;
2. Que este sea grave e irreversible;
3. Que exista un principio de certeza científica, así no sea esta absoluta;
4. Que la decisión que la autoridad adopte esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente.
5. Que el acto en que se adopte la decisión sea motivado.

Es decir, el acto administrativo por el cual la autoridad ambiental adopta decisiones, sin la certeza científica absoluta, en uso del principio de precaución, debe ser excepcional y motivado. Y, como cualquier acto administrativo, puede ser demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto hace que la decisión de la autoridad se enmarque dentro del Estado de Derecho, en el que no puede haber decisiones arbitrarias o caprichosas, y que, en el evento de que esto ocurra, el ciudadano tiene a su disposición todas las herramientas que el propio Estado le otorga. En este sentido no hay violación del debido proceso, garantizado en el artículo 29 de la Constitución.³⁷

3.2.2.5. Soberanía sobre los bienes ambientales del Estado y participación ambiental

En la Sentencia C-401 de 1997, en relación con la soberanía ambiental del Estado señala la Corte:

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra. En ella se aborda el examen de la demanda presentada contra los artículos 1.º numeral 6 (parcial); y 85 numeral 2.º y parágrafo 3.º (parcial), de la Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se reorganiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

Para lograr una protección y conservación adecuada de los recursos biológicos de cada Estado, debe partirse del reconocimiento de la soberanía sobre los bienes de su propiedad, lo cual supone la obligación de garantizar su subsistencia y permanencia dentro del ámbito del mutuo respeto y conservación de un ambiente sano y propicio para que la vida misma y las necesidades sociales, económicas, culturales, etc., de las generaciones presentes y futuras, puedan satisfacerse en condiciones naturales idóneas, toda vez que resultan ser patrimonio de la humanidad y objetivos claros implantados constitucionalmente por la nueva Carta Política.

Se resalta que el manejo de la problemática ambiental sólo puede ser avocado en forma completa si se parte del convencimiento de que las ejecutorias al respecto deben ser conjuntas entre los países del mundo y, siempre y cuando, se basen en el respeto, asistencia, colaboración y participación mutua.⁵⁸

Sobre la participación ambiental indica:

El elemento de participación ciudadana que impregna el Protocolo es esencial no solo para la definición de las políticas estatales que sobre el asunto ambiental se adopten, sino también para la verificación y el control mismo de los resultados y de las actividades desarrolladas por los agentes encargados de realizarlas; de manera que su efectividad debe surgir del compromiso del Estado y ser apropiado por los coasociados a fin de forjar en la ciudadanía una conciencia ambientalista y ecológica, como fuente permanente de decisiones y acciones de protección, conservación y recuperación de los recursos naturales.

¿Cómo lograr, entonces, esa participación de la gente en las decisiones ambientales y ecológicas que los afectan? Pues a través de una educación

⁵⁸ Sentencia C-401 de 1997, M.P.: Hernando Herrera Vergara. Realiza la revisión de constitucionalidad de la Ley 356 del 21 de enero de 1997, "Por medio de la cual se aprueban el 'Protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe' hecho en Kingston el 18 de enero de 1990 y los 'Anexos al Protocolo relativo a las áreas y flora y fauna silvestres especialmente protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino de la Región del Gran Caribe', adoptados en Kingston el 11 de junio de 1991".

dentro de la protección de la diversidad e integridad del ambiente y la conservación de las áreas de especial importancia ecológica (C.P. art. 79), una educación que deberá formar a los colombianos y colombianas 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...” (C.P., art. 67), por lo que las obligaciones asumidas y las recomendaciones dadas en esta materia resultan afines a los propósitos constitucionales.

3.2.2.6. La evaluación de impacto ambiental e importancia de la licencia ambiental

En la Sentencia C-035 de 1999, en relación con el diagnóstico ambiental de alternativas, la Corte precisa en torno a la importancia de la evaluación de impacto ambiental y la función estatal de control ambiental:

El deber de prevención, control del deterioro ambiental, mitigación de los impactos, corrección y restauración de los elementos ambientales lo cumple el Estado en diferentes formas, entre ellas la exigencia de la obtención de licencias ambientales, en cuyo trámite, como ya se vio antes, se prevé el pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre el diagnóstico ambiental de alternativas, la elaboración del estudio de impacto ambiental y la consiguiente formalización de la declaración de este a través de la presentación de la solicitud de licencia.

La exigencia del diagnóstico ambiental de alternativas se dirige a conocer las posibles opciones con que cuenta el peticionario de la licencia para eliminar, prevenir, mitigar, corregir o compensar los efectos o impactos ambientales. Además, la elección de la alternativa que se considera más favorable según la autoridad ambiental, constituye un instrumento adecuado para orientar desde el punto de vista científico y técnico la elaboración del estudio del impacto ambiental, que es un elemento de juicio necesario para que la comunidad pueda hacer uso racional y efectivo de su derecho de participación en el trámite de la licencia.

Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de estas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. En tal virtud, la observancia de dichos principios no constituye un fin en sí misma, pues su acatamiento busca precisamente que se convierta en realidad el cumplimiento de los deberes sociales del Estado en materia ambiental. El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de estos últimos, porque es inconcebible que aquellos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. Por consiguiente, el ideal es que se realicen ambos procedimientos, conciliando la efectividad de estos con la conveniente, prudente y necesaria observancia de dichos principios.³⁹

3.2.2.7. El papel de las autoridades ambientales

En varias sentencias se hace referencia a la importancia del papel de la autoridad ambiental y se señalan sus deberes y obligaciones constitucionales:

Pero no se puede olvidar que es la autoridad pública, instituida por mandato constitucional, para proteger a todas las personas residentes en el país, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales tanto del Estado como de los particulares, quien debe velar porque se asegure el establecimiento y la operación de controles técnicos adecuados y eficaces de la contaminación,

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 1999, M.P.: Antonio Barrera Carbonell. En ella se decide en torno a la demanda del artículo 56 de la Ley 99 de 1993, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones".

de manera que el desarrollo económico no se convierta en una amenaza o la vida humana y a la preservación de los recursos naturales renovables. Cuando se trata de la defensa de la vida, de la salud, de la integridad física, la conducta oficial debe ser inflexible, sin incurrir en arbitrariedades, pero exigente; porque ceder en el cumplimiento de exigencias y requisitos que aseguran un virtual freno a la contaminación, significa o puede significar la posibilidad de un desastre de magnitudes incalculables, que de no evitarse, compromete más que el presente, el futuro del hombre. Eso explica la responsabilidad que tiene la administración pública en el diseño y manejo de los mecanismos de la preservación del ambiente y justifica la urgencia de que toda medida o acción en tal materia, se adopte con toda seriedad, prontitud y eficacia.⁴⁰

3.2.2.8. Respeto a los conocimientos tradicionales

Una de las prioridades en la garantía de la diversidad biológica y cultural es el respeto y conservación de los conocimientos tradicionales de los grupos étnicos y comunidades locales. Al respecto, la Sentencia C-519 de 1994 interpreta el Convenio de Biodiversidad:

Particular interés reviste para esta Corte el ánimo que inspira algunas normas del Convenio –y en particular el literal j) del artículo 8.º–, en el sentido de que las partes deberán comprometerse a respetar, preservar y mantener los conocimientos, prácticas e innovaciones tradicionales de las comunidades indígenas respecto de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Al respecto conviene señalar que, de acuerdo con el estudio “Conservación de conocimientos autóctonos” realizado por la R.A.F.I. (anteriormente citado), un “80% de la población mundial depende de los conocimientos autóctonos para satisfacer sus necesidades medicinales y al menos la mitad de los habitantes del mundo dependen de conocimientos y cultivos indígenas para sus suministros alimentarios”.

⁴⁰ C-059 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

La Carta Política, en sus artículos 329 y 330, consigna los mismos intereses que se prevén en el tratado internacional objeto de revisión, pues dispone que los territorios indígenas podrán gobernarse según sus usos y costumbres, pero que una de las principales funciones de sus autoridades será la de “velar por la preservación de los recursos naturales” (artículos 330-335). En igual sentido, el párrafo de la disposición citada establece que la explotación de esos recursos se hará “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”, para lo cual el gobierno nacional tendrá la responsabilidad de propiciar la participación de esas comunidades en las decisiones que para tal efecto se adopten. [...] Como puede apreciarse, las disposiciones aludidas (artículos 14, 15, 16 y 17) constituyen quizás la esencia del Convenio sobre Diversidad Biológica, toda vez que los Estados propietarios de recursos genéticos cuentan, en adelante, con un instrumento internacional efectivo para hacer respetar sus derechos e intereses frente a otros Estados u organizaciones internacionales. Como se ha expuesto a lo largo de esta providencia, las normas referenciadas se ajustan a los postulados contenidos en la Carta Política.

En relación con dichos conocimientos autóctonos como patrimonio cultural, la Sentencia C-137 de 1996, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, manifestó que

... las distintas maneras en que las comunidades étnicas se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, deben considerarse como una particular forma de manifestación cultural y de creación de la identidad nacional. Por este motivo, tales prácticas forman parte del patrimonio cultural de la nación y, en esa medida, son bienes culturales –conformadores de la identidad nacional– inalienables, inembargables e imprescriptibles, sujetos a la protección del Estado (C.P. artículo 72).

3.2.2.9. Libertad de empresa, propiedad y medio ambiente

En la Sentencia C-159 de 1994 se reseña el pensamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1993, donde se establecen los parámetros

para el ejercicio de la denominada “libertad de empresa” en armonía con el ambiente sano:

Las normas ambientales, contenidas en diferentes estatutos, respetan la libertad de la actividad económica que desarrollan los particulares, pero le imponen una serie de limitaciones y condicionamientos a su ejercicio que tienden a hacer compatible el desarrollo económico sostenido con la necesidad de preservar y mantener un ambiente sano. Dichos estatutos subordinaban el interés privado que representa la actividad económica al interés público o social que exige la preservación del ambiente, de tal suerte que el particular debe realizar su respectiva actividad económica dentro de los precisos marcos que le señalan la ley ambiental, los reglamentos y las autorizaciones que debe obtener de la entidad responsable del manejo del recurso o de su conservación.

El particular al realizar su actividad económica tiene que adecuar su conducta al marco normativo que la orienta, la controla y la verifica, con el fin de que no cause deterioro al ambiente, o lo reduzca a sus más mínimas consecuencias y dentro de los niveles permitidos por la autoridad ambiental.

Limitaciones a la actividad económica

Finalmente, debe señalarse que las limitaciones que el Protocolo establece para el desarrollo de las actividades económicamente productivas por parte de algunas empresas o industrias, como es el caso de la minería, el comercio o el transporte (arts. V y VII), encuentra también suficiente fundamento constitucional. En efecto, el artículo 333 superior garantiza la iniciativa privada y la libertad de ejercer la actividades productivas, dentro de los límites del bien común. Consecuencia de ello, es la libre competencia en materia económica y la presencia de la empresa, como base del desarrollo y como responsable de una función social “que implica obligaciones”. Por lo anterior, el Constituyente encargó al Legislador para delimitar el alcance de

esa libertad, cuando ello sea requerido por el interés social y la necesidad de proteger el ambiente sano.⁴¹

Limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y derechos de comunidades étnicas

En la Sentencia C-137 de 1996 se plantea:

Hay que tener en cuenta que serán constitucionales las limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad que se otorgue al obtentor de una variedad vegetal, siempre que estas se enmarquen dentro del ámbito general de restricción de que trata el artículo 58 de la Carta.

Las distintas comunidades étnicas se relacionan con el entorno que las rodea de acuerdo con sus específicas cosmovisiones. Las comunidades indígenas como las negras y las campesinas desarrollan particulares formas de interrelación con el medio ambiente y los recursos naturales. Como consecuencia de esta relación, estos grupos han desarrollado una serie de conocimientos y prácticas de carácter tradicional, transmitidos ancestralmente por vía oral, tendentes a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales. La importancia de estas formas tradicionales de producción es de tal magnitud que la supervivencia de los grupos étnicos depende de que estas prácticas persistan sin ser modificadas por influencias externas.

Nada en el Convenio bajo estudio impide el reconocimiento de la propiedad colectiva de las minorías étnicas y culturales respecto de las variedades vegetales que hubieren obtenido a través de sus prácticas y conocimientos tradicionales. En este sentido se reconoce en este instrumento, dentro de los lineamientos generales establecidos, la potestad del Estado colombiano para regular el régimen de propiedad intelectual en materia de obtenciones vegetales.

No sobra advertir, sin embargo, que a la luz de lo dispuesto en el artículo 5.º del Convenio analizado, la protección que se otorga al obtentor tiene como efecto someter a su autorización previa la producción con fines comerciales, la puesta en venta o la comercialización del material de reproducción o de

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 1998, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

multiplicación vegetativa. Lo anterior significa que la utilización del material protegido para fines distintos, como aquellos que hacen parte de las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas, negras y campesinas, distintas a las señaladas, es libre, según los términos del Convenio.

3.2.2.10. Responsabilidad de los particulares y derecho a la participación

En cuanto a la responsabilidad que le asiste a los particulares en relación con la protección y conservación de un ambiente sano, el Protocolo para la Conservación y Administración de las Áreas Marinas y Costeras Protegidas del Pacífico Sudeste pretende, por vía de un acercamiento de la comunidad con las autoridades principalmente mediante el desarrollo de una gestión educativa, fomentar la participación de los asociados en la conservación y administración de las áreas protegidas (arts. IX y XI). Este loable anhelo encuentra pleno respaldo constitucional, no solo en la norma superior anteriormente citada, sino en el deber de todas las personas de “proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano” (arts. 95-8 C.P.), así como el derecho que tienen de participar en las decisiones que puedan afectarlo.⁴²

3.2.2.11. Responsabilidad penal ambiental de las personas jurídicas

El tema se ha abordado en las sentencias C-320 de 1998 y C-674 del mismo año, en la segunda sentencia se sintetiza el pensamiento de la Corte y se hace referencia a la primera:

2. El artículo 26 del proyecto objetado agrega a los tipos delictivos contemplados en los artículos 189, 190 y 197 del Código Penal –incendio; daño en obras de defensa común; provocación de inundación o derrumbe; tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos–, dos supuestos

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-159 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

adicionales, a saber: (1) que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o a la de una sociedad de hecho; (2) que la conducta punible se realice en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de autoridad competente.

3. No encuentra la Corte que viole la Constitución Política que se establezca, en el evento descrito por la norma, una sanción privativa de la libertad aplicable a los representantes legales, directivos o funcionarios de la persona jurídica o de la sociedad de hecho beneficiaria del ilícito penal. El hecho típico y antijurídico al cual se refiere la disposición analizada no es otro que el previsto en los artículos 189, 190, 191 y 197 del Código Penal, de suerte que si el incendio, el daño en obras de defensa, la provocación de inundación o derrumbe, o la tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos, se vincula de manera directa con la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, no resulta en modo alguno desproporcionado ni irrazonable que el Legislador señale a cargo de sus administradores sanciones privativas de la libertad.

4. A la ley no se le prohíbe sancionar el abuso de la personalidad jurídica. La utilización del esquema societario con móviles penales o de enriquecimiento ilícito, aparte de implicar para sus gestores sanciones privativas de la libertad, puede legítimamente dar lugar a variadas reacciones del ordenamiento jurídico en relación con los actos societarios, el objeto social, el patrimonio social o la persona jurídica misma.

La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva.

De conformidad con lo expuesto, la imputación de responsabilidad penal a la persona jurídica en relación con los delitos a que se ha hecho mención, no viola la Constitución Política.

En ambos casos, la presunción que consagra la norma, debidamente acreditado su presupuesto, admite prueba en contrario puesto que, como se desprende de los antecedentes de la norma, ella se limita a invertir la

carga de la prueba en lo que respecta a la exoneración de responsabilidad. No se puede alegar que se viola la presunción de inocencia, dado que el Estado para imputar al agente la responsabilidad por el acto ha debido desplegar una significativa actividad probatoria tendente a demostrar la comisión del hecho punible, la realización clandestina del comportamiento prohibido o la falta de permiso, autorización o licencia. Así mismo la prueba del presupuesto de la presunción, la que debe aducir el Estado, se refiere a dos circunstancias que por su gravedad normalmente son indicativas de culpabilidad, además de que ellas revelan comportamientos que pueden ser evitables y controlables a través de los mecanismos de actuación que la ley dota a las personas jurídicas.

Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso –en los términos de la ley y en lo que resulte aplicable según su naturaleza–, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad.

Justamente, la posibilidad de que el Legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la “responsabilidad objetiva”, la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil (C.P. art. 88).

Por lo expuesto, la objeción presidencial prospera parcialmente. La Corte estima que la expresión citada viola la Constitución y así lo declarará.

3.2.2.12. Problemáticas ambientales

El cambio climático

En la Sentencia C-073 de 1995 la Corte reconoce la gravedad del problema y la importancia de dicho tipo de convenciones para Colombia:

Los parámetros que informan la aplicación de la convención, pueden sintetizarse así: responsabilidad diferenciada de los países y basada en la equidad para evitar que las medidas adoptadas con el fin de evitar los efectos nocivos para el sistema climático, impliquen cargas anormales para algunos países; propósito de las partes de reducir al mínimo las causas del cambio climático, teniendo en cuenta los diversos contextos socio-económicos y buscando la máxima efectividad al menor costo; reconocimiento del derecho de los países al desarrollo sostenible, y aceptación del hecho de que el desarrollo económico es el sustrato que permite a los países adoptar medidas para remediar los efectos producidos por el cambio climático; llamamiento a las partes para que establezcan un sistema económico abierto que permita un desarrollo sostenible; proscripción de medidas para combatir el cambio climático que constituyan una discriminación o restricción encubierta del comercio internacional.

Sin lugar a dudas, a la luz de las normas constitucionales de protección del medio ambiente y de los recursos naturales, es una necesidad que Colombia apruebe la Convención Marco sobre cambio climático, de manera que se potencialicen los esfuerzos para prevenir y controlar el deterioro ambiental.⁴³

La protección de los recursos naturales y las cargas económicas para la protección de los recursos naturales

En la Sentencia C-221 de 1997⁴⁴ se examinó la demanda presentada frente al literal a) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986 y el literal c) del artículo 1.º de la Ley 97 de 1913 sobre el tema de la extracción de arena, cascajo y piedra del lecho y el cobro que establecía dicho decreto. La Corte presenta una definición de los recursos naturales:

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 1995, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En ella se hace la revisión constitucional de la Ley 164 del 27 de octubre de 1994, “Por la cual se aprueba la ‘Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático’, hecha en Nueva York el 9 de mayo de 1992”.

⁴⁴ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Se pueden definir los recursos naturales como aquellos elementos de la naturaleza y del medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos. Los recursos naturales se clasifican usualmente en renovables y no renovables. Los primeros, como se desprende de la bibliografía sobre el tema y de los conceptos incorporados al presente expediente, son aquellos que la propia naturaleza repone periódicamente mediante procesos biológicos o de otro tipo, esto es, que se renuevan por sí mismos. Por el contrario, los recursos no renovables se caracterizan por cuanto existen en cantidades limitadas y no están sujetos a una renovación periódica por procesos naturales [...] Sin embargo, a pesar de la claridad de la diferencia conceptual entre estos tipos de recursos, lo cierto es que entre los ecólogos no hay total acuerdo sobre si determinados recursos, como el suelo, son renovables o no. En efecto, conceptualmente los suelos son renovables, pues los propios procesos naturales permiten su reproducción; sin embargo, en general estos procesos de renovación de los suelos son muy lentos, por lo cual, según algunos especialistas, ellos debían ser clasificados como no renovables, por cuanto en escalas de tiempo sociales y humanos, debe asumirse que son recurso que no llegan a ser repuestos.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la piedra, la arena y el cascajo constituyen claramente recursos naturales no renovables.⁴⁵

En relación con las cargas económicas por la extracción de recursos la Corte realiza un importante análisis:

Con respecto al conflicto entre los impuestos y regalías, la Corte considera que la decisión más razonable, dentro de las complejas circunstancias del caso, es la siguiente:

La Corte mantiene entonces la disposición acusada dentro del ordenamiento, en forma temporal, en función del respeto a la libertad de

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1997, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

configuración del Legislador, ya que las decisiones de inexecutableidad y la realización de unidades normativas implican que sea la sentencia de la Corte, y no el debate democrático en el Congreso, quien defina el monto de las regalías por la extracción de la arena, el cascajo y la piedra del lecho de los ríos. Además, el impuesto municipal es en este instante la única carga económica por la extracción de estos recursos, esto es, tal impuesto representa al momento de proferirse la decisión el único medio existente para resarcir la utilización y aprovechamiento privados de un recurso estatal del cual debe beneficiarse la comunidad en su conjunto, lo cual justifica en cierta medida su mantenimiento, al menos en forma temporal. Esto significa que en un primer momento la Corte confiere prevalencia al principio democrático, a la separación de poderes y a la amplia libertad del Legislador en el campo de regalías, ya que considera que cualquier otra decisión afecta en mayor medida los otros principios constitucionales concurrentes, y en especial la libertad del Congreso para definir los montos y distribuciones de las regalías.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el contenido normativo de la disposición acusada es inconstitucional, y que en la actualidad se está incumpliendo en relación con tales recursos no renovables con el deber constitucional de imponer el pago de regalías, esta decisión de executableidad no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, pues se estaría permitiendo que continúe la omisión legislativa en este campo, con lo cual se está incumpliendo el mandato del artículo 360 en relación con estos recursos no renovables.⁴⁶

3.3. Derecho a la consulta. Estatuto de desarrollo rural y ley forestal

Uno de los temas más significativos por su impacto jurídico, social y político es el referido a la posición que la Corte Constitucional ha sentado en varias decisiones referidas al tema de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales de Colombia.

⁴⁶ *Idem.*

Esta línea jurisprudencial tiene elementos comunes, muchos de los cuales surgen a partir del examen de casos concretos por vía de tutela. La sentencia hito en esta materia es la T-SU039 de 1993, caso del pueblo U'wa, pero igualmente tienen gran importancia las sentencias SU-383 de 2003 y la T-737 de 2005. En materia de constitucionalidad varias decisiones se han tomado, siendo importante destacar: C-169 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, la Sentencia C-208 de 2007 y la Sentencia C-461 de 2008, entre otras.

Durante los años 2007 y 2008 y como consecuencia de una estrategia de litigio orientada por la ONG y la academia, se han demandado dos importantes leyes tras las cuales los intereses de diversos sectores económicos del país eran muy fuertes: el Estatuto de Desarrollo Rural y la Ley Forestal. Por ser de especial interés para los estudiosos del derecho ambiental, se hace un análisis de estas dos sentencias, los problemas jurídicos abordados y las tesis de la Corte Constitucional que en ambos casos decreta la inexecutable de las normas.

3.3.1. Sentencia C-030 de 2008 sobre la Ley 1021 de 2006

Problema jurídico: ¿la Ley 1021 de 2006, “Por la cual se expide la Ley General Forestal”, es contraria a la Constitución y a normas que integran el bloque de constitucionalidad, por “no haberse realizado consulta previa a las comunidades indígenas ni a los pueblos afrodescendientes durante el proceso de construcción de la iniciativa legislativa que condujo a la expedición de la Ley 1021 de 2006”?

Para abordar dicho problema, la Corte analiza tres temas centrales: “(i) La naturaleza del eventual vicio de inconstitucionalidad de una ley por haberse omitido la consulta a las comunidades indígenas y tribales prevista en el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT; (ii) el marco jurídico del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta de las medidas administrativas o legislativas que los afecten directamente, y (iii) el alcance de la Ley General Forestal”.

Sobre el primer tema, luego de una amplia discusión y fundamentación, la Corte considera que la omisión de la consulta previa frente a una norma que afecta directamente a los pueblos indígenas y afrocolombianos, como la

que se examina en la sentencia, no es un simple vicio de forma, sino que “se proyecta sobre el contenido material de una ley”. La Corte reconoce que “los cargos en esta oportunidad se dirigen a poner de presente una omisión que se habría producido antes de que se iniciara el trámite legislativo propiamente dicho, y que tal omisión se proyectaría sobre el contenido mismo de la ley, encuentra la Corte que cabe hacer un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda, sin que haya lugar aplicar el término de caducidad predicable en relación con los cargos por vicios de procedimiento”.

En lo que hace referencia al marco jurídico aplicable para las consultas referidas a leyes o actos administrativos que afecten directamente a las comunidades indígenas y tribales, la Corte reconoce que del Convenio 169 se derivan dos tipos de obligaciones para el Estado en la materia:

De este modo, es posible apreciar que del marco del Convenio 169 de la OIT surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios, el primero, referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

Cuando se trata de consultas referidas a normas que afecten directamente a los pueblos indígenas las reglas que se establecen son las siguientes:

Niveles de afectación:

De este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.

Deber de realizar la consulta:

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁴⁷ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.⁴⁸

Señala la Corte que es preciso establecer tres aspectos: “(1) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (2) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (3) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?”

¿Cuándo es obligatoria la consulta previa de una medida legislativa? Señala la Corte:

⁴⁷ Sentencia C-208 de 2007.

⁴⁸ *Idem*.

En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente*, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley.

En relación con el concepto de afectación directa precisa la Corte:

Puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios.

Cabría, entonces, señalar que procede la consulta cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto este que debe ser, precisamente, objeto de la consulta.

Es claro, por otra parte, que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos.

¿En qué condiciones de modo, tiempo y lugar debe desarrollarse dicha consulta?

En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por

otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del Gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el Gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

¿Cuál es la consecuencia de la omisión de la consulta?

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

La Corte considera que si se omitiera este procedimiento la norma sería inconstitucional.

Finalmente la sentencia examina el caso concreto de la ley forestal y reconoce elementos objetivos de afectación de dicha ley a las comunidades indígenas:

... en Colombia 55 millones de hectáreas de los 114 millones que constituyen la extensión del país son bosques naturales, y [...] entre el 46 y el 62% de estos bosques (más o menos 28 millones de hectáreas) son territorios colectivos de las comunidades indígenas y negras, localizados en ecosistemas frágiles como los del Chocó biogeográfico y la Amazonía colombiana, donde se encuentra el 10% de la biodiversidad del planeta...⁴⁹

Concluye la Corte así:

Resulta indudable, en el anterior contexto, que una ley que regule de manera integral el manejo forestal en el país, afecta de manera directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en zonas de alta incidencia de bosques, no solo por el interés que tales comunidades tienen en participar en la definición de los elementos de un régimen nacional forestal, sino también por los conflictos que las distintas aproximaciones al tema pueden suscitar, en particular cuando, como en este caso, se hace explícito en la iniciativa legislativa un énfasis en la necesidad de promover la explotación maderera como elemento estratégico para el desarrollo económico.

A partir de las anteriores consideraciones, concluye la Corte que la materia propia de la Ley 1021 de 2006 es susceptible de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas y tribales y que, por consiguiente, previamente a su expedición debió surtir el trámite de la consulta con dichos pueblos, en los términos del literal a) del artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT.

En consecuencia la Corte declara inexecutable la Ley 1021 de 2006.

⁴⁹ Documento *Contribución al análisis de la problemática en el resguardo de Matavén, Colombia: perspectivas nacionales e internacionales*. Análisis Legal realizado por la Fundación Gaia Amazonas para el Instituto de Seguridad Ambiental.

3.3.2. Sentencia C-175 de 2009, sobre la Ley 1152 de 2007⁵⁰

Los demandantes consideran que la Ley 1152 2007 (Estatuto de Desarrollo Rural), en su integridad, es inexecutable en tanto viola los artículos 2.º, 7.º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, que en criterio de los actores hace parte del bloque de constitucionalidad. Ello debido a que la disposición no fue consultada a las comunidades indígenas y afrodescendientes, antes de la radicación del proyecto de ley correspondiente, ni durante el trámite del mismo en el Congreso. Concluyen los demandantes:

- i) No existió consulta alguna a las comunidades indígenas y tribales con antelación a la presentación del proyecto de ley en el Congreso; ii) los mecanismos utilizados por el Ministerio de Agricultura para dar lugar a la consulta previa no estuvieron fundados en relaciones de comunicación y entendimiento ni se caracterizaron por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y el Gobierno, al punto que las instancias en las que el Gobierno señala haber consultado el Proyecto manifestaron constantemente sus múltiples reparos al mismo, entre ellos la falta de consulta previa; iii) las comunidades indígenas y afrodescendientes no contaron en ningún estadio del trámite legislativo con pleno conocimiento de las disposiciones que el proyecto implementa; iv) el proyecto de ley no se consultó con las autoridades representativas de las minorías étnicas habitantes de Colombia, al punto que la Comisión Nacional de Territorios protestó por la falta de consulta del mismo; v) el trámite que según el Ministerio de Agricultura se surtió no garantizó la participación efectiva de todas las comunidades, de conformidad con sus usos, costumbres, tradiciones y métodos de toma de decisión; vi) nunca se surtió consulta alguna sobre el trámite de consulta mismo; y finalmente, vii) no hubo consentimiento libre, previo e infor-

⁵⁰ Se analiza una sentencia de 2009 por la importancia que tiene, no obstante que el análisis investigativo tuvo como límite el año 2008.

mado de las comunidades susceptibles de ser afectadas por el Estatuto de Desarrollo Rural.

Problema jurídico que se plantea en la sentencia: “Los antecedentes expuestos permiten a la Sala concluir que el problema jurídico que debe resolver en esta sentencia, consiste en determinar si la Ley 1152/07 es contraria a la Carta Política, en razón a la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes”. Para resolver lo anterior, la Corte incluyó dentro de sus considerandos los siguientes:

3.3.2.1. La consulta previa legislativa como derecho fundamental

Sobre este derecho fundamental señala la Corte:

En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.

El caso específico que plantea el fallo:

Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica solo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar *directamente* los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunida-

des tradicionales, no están *prima facie* sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses.

3.3.2.2. Las “reglas” jurisprudenciales

Dicha sentencia condensa los parámetros o las reglas jurisprudenciales en materia de consulta previa de medidas legislativas.

Para el caso puntual de las medidas legislativas, la jurisprudencia ha previsto un grupo de requisitos de índole fáctica que deben acreditarse para garantizar la eficacia material del citado derecho. Estas condiciones han sido sistematizadas por la jurisprudencia constitucional a partir de las “reglas” siguientes:⁵¹

16.1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas.⁵²

En armonía con estas consideraciones, el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida

⁵¹ Sobre esta recapitulación de reglas jurisprudenciales sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

⁵² *Idem.*

legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada.

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del *ethos* de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Como se señaló en la Sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.

16.2. Habida consideración que el proceso de consulta previa está dirigido a proteger los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes, no resulta admisible considerarlo como un escenario de confrontación entre las autoridades gubernamentales y los grupos étnicos. En contrario, esta instancia tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente. En tal sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas y administrativas por parte de los pueblos indígenas y tribales.

16.3. El procedimiento de consulta es, ante todo, un instrumento para garantizar la participación efectiva de las comunidades tradicionales en los asuntos que las afectan, a través de un escenario dirigido a garantizar sus derechos fundamentales. En tal sentido, simples trámites administrativos que tiendan a permitir el ejercicio del derecho a la defensa de las comunidades respecto a las medidas adoptadas, o esfuerzos extemporáneos por parte del

Gobierno Nacional para cumplir con dicho procedimiento, no satisfacen el deber de consulta previa.^{53 - 54}

16.4. Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa. Lo anterior implica que la consulta previa no puede concebirse como un mero requisito formal, sino que es un proceso sustantivo de raigambre constitucional, dirigido a que (i) las comunidades afectadas estén provistas de la información completa, precisa y significativa sobre los proyectos que se pretenden desarrollar en sus territorios o de las medidas legislativas o administrativas del caso; y (ii) se tenga como objetivo principal el logro de un acuerdo con los pueblos indígenas y tribales, quienes podrán discutir el contenido de la política y proponer alternativas a ella.⁵⁵ Para cumplir con estas condiciones, es posible

⁵³ “Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad u’wa, pues aquella indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquella, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible”. Sentencia SU-039 de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

⁵⁵ Bajo este marco, la jurisprudencia constitucional ha señalado que los objetivos específicos de la consulta previa, aplicados al caso de proyectos de explotación de recursos naturales en territorios de las comunidades indígenas, consisten en: “a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. II b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. II c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del

que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría General de la Nación, si así lo estiman pertinente.

16.5. Los procesos de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, deben realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en él. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que estas tienen del contenido material de dichas políticas.

16.6. El proceso de consulta debe estar precedido de un trámite preconsultivo, en el cual se definan, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de determinada modalidad de trámite consultivo. En tal sentido, este Tribunal ha considerado que “los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6.º y del artículo 7.º de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado”.⁵⁶

16.7. Las medidas legislativas y administrativas que afecten directamente los intereses de las comunidades tradicionales, deben estar precedidas de

mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada”. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-383 de 2003.

⁵⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-737 de 2005.

un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego de los grupos étnicos afectados. Por consiguiente, solo resultarán admisibles las políticas que prevean limitaciones constitucionalmente legítimas.

16.8. Finalmente, el precedente constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa ha contemplado que, en los casos en que cumplidos los requisitos y garantías anteriormente descritas, no sea posible llegar a un acuerdo sobre la medida legislativa o administrativa, el Estado conserva su competencia para adoptar una decisión final a ese respecto. Empero, el ejercicio de esa potestad carece de naturaleza omnimoda, sino que debe (i) estar desprovista de arbitrariedad y autoritarismo; (ii) fundarse en parámetros de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad en cuanto al grado de afectación de los intereses de las comunidades tradicionales; (iii) contemplar instrumentos idóneos para mitigar el impacto de la medida en dichos intereses, tanto en el plano individual como colectivo, todo ello con miras a salvaguardar las prácticas que conforman la diversidad étnica y cultural.

3.3.2.3. Consecuencia del incumplimiento del deber de consulta en el caso del Estatuto de Desarrollo Rural

Considera la Corte que se omitió dicho deber y se vulneraron los principios internos e internacionales de la consulta previa referida a medidas legislativas:

Ante el incumplimiento del deber de consulta previa durante el trámite que antecedió a la discusión y aprobación del EDR, debe la Corte ocuparse de la consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de dicha omisión. Al respecto, en el fundamento jurídico 15 se expuso cómo la pretermisión del deber de consulta previa llevaba, en principio, a la declaratoria de inexecutable de las normas acusadas.

39. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya

se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo y en escenarios propios de este. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, las cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6.º del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponden a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.

La decisión final es la inexecutableidad de la norma:

Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexecutable en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad de que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexecutableidad, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas.

4. Derechos del menor y la familia*

Blanca Patricia Orjuela Ruíz**

En la Constitución de 1991 se dispuso la protección y amparo por parte del Estado de la familia, como fundamento de la sociedad. Se consideró a la familia como núcleo de la sociedad. De ahí se desprende el reconocimiento constitucional de derechos como a la conformación de una familia, a la autodeterminación, a la intimidad familiar, a la protección del patrimonio de familia; necesarios para que esta institución pueda cumplir las funciones que la sociedad requiere en un Estado que está acorde con los cambios y con las transformaciones que ha venido sufriendo la sociedad colombiana.

De conformidad con el texto constitucional, el concepto de familia no incluye solamente el conjunto compuesto por un matrimonio y sus hijos; en sentido amplio comprende a todas las personas unidas por un parentesco o relación de afinidad, ya sea que vivan bajo el mismo techo o en lugares diferentes. Concretamente, la Constitución en su artículo 5.º ampara la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos. En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencias como la C-047 y C-105 de 1994, ha expresado que la Constitución pone en un plano de igualdad la familia constituida por vínculos naturales –por la voluntad responsable de conformarla– o jurídicos –por el matrimonio–, lo cual significa que la familia, independientemente de su origen, goza de igual protección.

Además de proteger por igual a la familia que surge de vínculos naturales o jurídicos, el texto constitucional adopta una concepción solidaria de la familia, dentro de un Estado Social de Derecho. En el Código Civil, la familia había sido reglamentada dentro de una concepción puramente individualista, según la cual la unidad de la familia surgía del equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad. La Constitución de

* La autora agradece la colaboración de Silvia Navarrete Forero.

** Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Católica, funcionaria de la Corte Constitucional.

1991, por el contrario, como señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-523 de 1992, reconoce que la individualización no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles, como los menores.

En lo que respecta a la protección del menor, el artículo 44 de la Constitución de 1991 retoma los principios fundamentales de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y de forma expresa determina la corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en la protección de los niños. Esta disposición también señala que los niños son titulares de derechos y gozan de una protección especial en pro de su desarrollo, al punto que sus derechos priman sobre los de los demás –principio de prevalencia de los derechos de los niños–. Esta protección comprende, entre otras garantías, las siguientes: existencia digna para los niños, consideración como sujetos plenos de derechos, como individuos y como miembros de una familia y de una sociedad y un mandato de protección aún más especial para los niños en condiciones difíciles, lo cual surge de los artículos 13, 44, 45, 50 y 67 superiores.

La Corte Constitucional en sus pronunciamientos, no solamente se remite a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, sino a los artículos 44 y 45 de la Constitución.

Si se tiene como primer período de análisis el tiempo comprendido desde el año 1992 hasta el año 2004,¹ la Corte Constitucional se pronunció en 38 sentencias de control de constitucionalidad sobre los derechos de los niños. En estos fallos se desarrollaron temas que permiten visualizar estándares jurisprudenciales. Un período posterior al anterior, a raíz de la expedición del Código de la Infancia y de la Adolescencia, que reemplazó al antiguo Código del Menor, no es prolífico en jurisprudencia, máxime cuando en muchas de las demandas presentadas contra el Código de la Infancia y la Adolescencia, la Corte Constitucional se ha inhibido.²

¹ Durante el tiempo en el cual el control judicial constitucional estuvo en manos de la Corte Suprema no se produjo jurisprudencia para mencionar. Lo anterior pese a que el artículo 18 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 habló del estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes, y, además, estableció constitucionalmente el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

² También se inhibió en la Sentencia C-961 de 2007, pese a que el tema era importante porque lo acusado era el artículo 6.º de la Ley 1098 de 2006, sobre reglas de interpretación y aplicación.

A continuación se encuentran los temas más relevantes o de mayor incidencia práctica durante la vigencia del antiguo Código del Menor.

4.1. Adopción de menores

En materia de adopción son numerosas las sentencias proferidas mediante tutela. En sede de control de constitucionalidad se pueden mencionar las siguientes:

- a. En la Sentencia C-495 de 1994³ la Corte Constitucional hizo énfasis en la igualdad de derechos que existen entre los hijos biológicos y adoptivos. Por esta razón, señaló que el hijo adoptivo no podía ser objeto de discriminación por el hecho de que la norma demandada, el inciso 2.º del artículo 97 del Decreto 2737 de 1989 –antiguo Código del Menor–, indicara que los padres adoptivos no podían cambiar su nombre cuando tuviera más de tres años de edad, salvo que el menor consintiera en ello.⁴ Manifestó la Corte que si los padres biológicos tenían el derecho de escoger el nombre de sus hijos, el mismo derecho debían tener los padres adoptantes –por lo menos respecto de los hijos adoptivos menores de tres años–.
- b. En la Sentencia C-562 de 1995⁵ la Corporación precisó que los padres menores de edad podían consentir válidamente en la adopción de hijos.

“Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas”. Es una lástima que en este tema trascendental no hubiera pronunciamiento jurisprudencial, pues de lo contrario se hubiera iniciado una rica jurisprudencia sobre el Código de la Infancia y la Adolescencia.

³ M.P.: Jorge Arango Mejía.

⁴ El texto de la disposición era el siguiente: “El adoptivo llevará como apellido los del adoptante. En cuanto al nombre, sólo podrá ser modificado cuando el adoptado sea menor de tres (3) años, o consienta en ello, o el juez encontrare justificadas las razones de su cambio”.

⁵ M.P.: Jorge Arango Mejía. En este fallo la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2.º del artículo 94 del Decreto 2737 de 1987, sobre la validez del consentimiento dado por padres menores de edad para la adopción de sus hijos.

Por esto, el inciso 2.º del artículo 94 del Código del Menor, que preveía tal consentimiento, era concordante con el artículo 44 de la Constitución, que consagra como derecho fundamental de los niños, entre otros, el derecho a “tener una familia”. La Corte afirmó en esta ocasión:

... el argumento [...] sobre la supuesta violación del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, no es aceptable, pues la finalidad de la adopción es, precisamente, la de dar a un menor un “hogar adecuado y estable”.

[...]

[...] que los menores adultos no ejerzan la patria potestad de conformidad con nuestra ley, no impide al Legislador otorgarles la capacidad para un acto civil como el previsto en el inciso segundo del artículo 94 del Código del Menor.

4.2. Debido proceso en actuaciones penales referentes al menor

En temas relacionados con debido proceso y menores, la Corte Constitucional ha manifestado su posición desde el año 1993 hasta el año 2002, así:

En la Sentencia C-019 de 1993⁶ analizó varios aspectos como la expresión “conocerán en única instancia de las infracciones a la ley penal” del artículo 167 del antiguo Código del Menor; la indicación del artículo 174 ibídem de que las actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten contra los menores son secretas; la referencia del artículo 184 ibídem según el cual los menores deberán ser puestos a disposición del juez o autoridad competente el primer *día hábil* siguiente a la fecha de su aprehensión; y la disposición contenida en el inciso final del artículo 187 ibídem, que permite que el juez entreviste al menor en forma privada. La Corte consideró que estas disposiciones no violan la Constitución, entre otras razones, por lo siguiente:

En primer lugar, respecto al trámite en única instancia de los procesos por infracciones a la ley penal en que intervengan como autores o partícipes

⁶ M.P.: Ciro Angarita Barón.

los mayores de doce años y menores de dieciocho años, estimó que dado que la doble instancia no hace parte del núcleo del derecho al debido proceso –salvo cuando se trata de sentencias condenatorias–, la disposición no vulnera este derecho de los menores, con mayor razón teniendo en cuenta que en materia de menores no puede hablarse de sentencias condenatorias sino de medidas de protección. No obstante, cuando tales medidas impliquen la privación de la libertad de los menores, sí deberán contar con doble instancia.⁷ Sobre este punto señaló:

La doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso –pues la ley puede consagrar excepciones–, salvo cuando se trata de sentencias condenatorias, las cuales siempre podrán ser impugnadas, según el artículo 29 de la Carta. El concepto de “sentencia condenatoria” contradice la filosofía y naturaleza de la legislación de menores, a cuyo amparo, el juez puede imponerle medidas al menor infractor de carácter protector y pedagógico, pero nunca de naturaleza condenatoria. Sin embargo, si alguna de esas medidas es privativa de la libertad, podrá ser siempre impugnada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, se repite, ha sido incorporada a nuestra legislación interna.

En segundo lugar, a juicio de la Corte, el carácter secreto de las actuaciones judiciales o administrativas referidas a menores infractores, no solo no vulnera sus derechos, sino que constituye una medida que protege el interés superior del menor. Para la Corporación, la publicidad sobre hechos irregulares y la divulgación de procesos judiciales en los que se investigue la conducta de un menor, pueden generar consecuencias perjudiciales sobre su patrimonio moral y sobre su personalidad, lo que justifica el carácter secreto de las actuaciones mencionadas. Al respecto expresó:

⁷ Con fundamento en estas consideraciones, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 167 del Decreto 2737 de 1989.

Para esta Corte, dicha norma protege esencialmente el interés superior del menor, pues la publicidad sobre hechos irregulares y la divulgación de procesos judiciales en los que se investigue la conducta de un menor, pueden generar consecuencias perjudiciales sobre su patrimonio moral y sobre su personalidad. El conocimiento de las actuaciones judiciales y la difusión y publicidad de ellas, pueden obstaculizar, como bien lo hace notar el Defensor del Pueblo, la integración del menor al medio en condiciones favorables, lo que iría en contravía de los derechos y de las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado, que consagra el artículo 44 de la Carta.

En tercer lugar, sobre el término dentro del cual los menores infractores deben ser puestos a disposición de la autoridad competente, la Corte consideró que la disposición es exequible siempre y cuando el artículo 184 del antiguo Código del Menor se interprete en el sentido “de que el menor deberá ser puesto a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, a menos que ese término exceda el de 36 horas establecido en la Constitución Nacional. En este caso, deberá ponerse a disposición de una autoridad competente, que tome las medidas temporales correspondientes, mientras pueda concurrir el juez especializado de menores”.

En criterio de la Corporación, el término “aprehensión” del artículo 184 del Código del Menor no puede ser entendido como una “detención preventiva”, pues dicha figura, propia del derecho penal, es ajena al derecho de menores. La aprehensión, entendida como el “acto físico por el cual se restringe el derecho de locomoción del menor mientras se resuelve lo pertinente para su mejor protección”, es análoga a la detención preventiva por sus efectos sobre la libertad del menor. Por ello, debe entenderse que es aplicable la misma garantía constitucional, es decir, los menores deben ser puestos a disposición de la autoridad competente dentro de las treinta y seis horas siguientes. La Corte explica lo anterior de la siguiente manera:

Pese a lo anterior, tales figuras son análogas en sus efectos. En ambos casos –el del menor aprehendido o el del ciudadano detenido preventivamente–

el sujeto tiene derecho a que en un término perentorio se le resuelva su situación por la autoridad competente (en un caso en “el primer día hábil siguiente” y en el otro en el “término de 36 horas”). Igualmente, en ambos casos, se trata, claramente, de una restricción, por lo menos temporal, del derecho a la libertad.

[...]

No es admisible que un menor deba esperar más tiempo que un adulto para que se resuelva su situación jurídica, cuando esa espera puede comportar la restricción de un derecho fundamental (la libertad). Evidentemente, esta situación es solo eventual, pues en la gran mayoría de los casos el “primer día hábil siguiente” es antes de 36 horas. Pero, como bien lo anota el Procurador, en casos de fines de semana con día festivo adicional, ese “primer día hábil siguiente” puede llegar a ser después de 80 horas de la aprehensión.

[...]

Por lo tanto, el artículo 184 del Código del Menor deberá interpretarse en el sentido de que los menores sean puestos a disposición del juez o autoridad competente el primer día hábil siguiente a la fecha de su aprehensión, siempre y cuando ese término no exceda las 36 horas contempladas en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Si lo excediere, el menor deberá ser puesto a disposición de la autoridad permanente competente más cercana, para que esta tome las medidas temporales que sean pertinentes, mientras su situación pueda ser conocida por un juez especializado de menores.

En cuarto lugar, la Corte encontró ajustada a la Carta la posibilidad de que los menores sean entrevistados en privado por los jueces. En su concepto, la entrevista privada también busca la protección del interés superior del menor, por las siguientes razones:

Sucede que la entrevista privada tiene otros fines igualmente necesarios para el logro del objetivo final del proceso. En ella –como bien lo señala el Defensor del Pueblo–, el juez puede utilizar (en beneficio del menor) la

historia socio-familiar que este en forma privada le manifieste, por ejemplo, en lo relacionado con una eventual influencia negativa de la familia o una actitud hostil de esta para con el menor. Una entrevista pública seguramente lo cohibiría para relatar ciertas cosas que pueden ser de mucha utilidad para el juez. De ahí la importancia de que sea una entrevista privada. El acercamiento íntimo y personal con el menor es quizás uno de los instrumentos más útiles para protegerlo. La intermediación y cercanía puede ser muy útil al menor, siempre y cuando no se convierta en una despiadada indagatoria.

Por último, la Corte examinó cuál es la edad exacta para que efectivamente las medidas de rehabilitación impuestas al menor cesen, se modifiquen o suspendan, sin que haya lugar al doble juzgamiento. La Corte afirma lo siguiente:

En sentir de esta Corte, el entendimiento que debe dársele a este artículo es bastante sencillo, a saber, que cuando una persona ha cumplido dieciocho años (y por lo tanto no es ya menor) y comete una infracción penal, la medida de rehabilitación que se le hubiera impuesto cuando era menor cesará, se modificará o suspenderá, según el caso, pues esa persona ha quedado ya a disposición de la justicia ordinaria al cumplir los dieciocho años. No le es aplicable, pues, el Código del Menor.

No puede hablarse de doble juzgamiento, pues se trata de un hecho distinto a aquel que llevó a tomar, en un principio y a su favor, la correspondiente medida de rehabilitación.

Desafortunadamente, en la norma se habla de dieciséis años y no de dieciocho. La jurisprudencia y la doctrina tienen establecido que se trata de un error de transcripción. Donde dice dieciséis debe leerse dieciocho, pues todo el sistema del Código está construido sobre la base de que son menores los que aún no han cumplido los dieciocho años. Ellos son inimputables para todos los efectos penales, razón por la cual mal podrían quedar a disposición de la justicia ordinaria antes de esa edad.

En la Sentencia C-839 de 2001⁸ la Corte consideró que el sometimiento de los menores de edad al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil creado por el inciso 3.º del artículo 33 de la Ley 599 de 2000, se ajusta a la Carta, por cuanto la disposición no establece un sistema penal similar al que rige para los mayores de edad; todo lo contrario, busca diferenciar los dos sistemas y establecer uno de justicia juvenil especializado que permita resolver el problema de la delincuencia juvenil desde la perspectiva de la resocialización, la tutela y la rehabilitación. En este sentido la Corporación expresó:

Las consideraciones anteriores permiten llegar a una conclusión abiertamente opuesta a la que fundamenta el primer cargo de la demanda: la institucionalización de una justicia de menores no constituye, per se, un atentado contra los derechos de los menores, ni va en detrimento del deber de protección que recae en la sociedad y el Estado.

Antes bien, podría decirse que la comunidad internacional ha reconocido ampliamente la necesidad de crear un sistema judicial especializado que permita resolver el problema de la delincuencia juvenil desde la perspectiva de la resocialización, la tutela y la rehabilitación, evitando que el menor desvíe su proceso de adaptación y trunque su desarrollo físico y moral, base del desarrollo de la sociedad moderna.

Es esta la razón de ser de la jurisdicción de menores y la filosofía que, a juicio de la Corte, debe inspirar el trabajo del Legislador cuando emprenda la tarea de regularla. Mientras la ley se ajuste a los principios constitucionales que guían el juzgamiento de los menores y conserve los objetivos que marcan su derrotero, la existencia misma de esta jurisdicción no merece reproche de constitucionalidad alguno; por el contrario, esta debe ser avalada como el mecanismo propicio para armonizar los derechos de los menores infractores y la conservación de la seguridad pública.

⁸ M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

De esta manera, la Corte reconoce que los menores de edad deben estar sometidos a una jurisdicción especial en materia penal, pero cuyos objetivos se dirigen principalmente a la protección y educación de los menores.

4.3. Derecho a la igualdad y prevalencia del interés del menor

Sobre el derecho a la igualdad de los menores, vale la pena resaltar en particular dos sentencias referidas a los menores en los sistemas de transporte y a las medidas de protección patrimoniales a su favor.

En la Sentencia C-521 de 1998⁹ la Corte se propuso determinar si el párrafo del artículo 164 del Decreto Ley 1344 de 1970, Código Nacional de Tránsito Terrestre, en cuanto asimilaba a los niños a “medio pasajero”, desconocía el principio de dignidad e igualdad. La Corporación encontró que el término “medio pasajero” empleado por la disposición demandada era inadecuado para el fin perseguido, es decir, definir la capacidad de los vehículos de transporte de pasajeros de acuerdo con el número de pasajeros transportados bajo adecuadas condiciones de seguridad, ya que desconocía los derechos de los menores a transportarse en iguales condiciones de seguridad que los mayores. Al respecto dijo la Corte:

Considerar a los niños menores de 7 años como medio pasajero, para efectos de fijar la capacidad de los vehículos, constituye indudablemente un desconocimiento de la seguridad y la protección que se les debe brindar, con el fin de garantizar los referidos derechos, porque aparte de la molestia e incomodidad que representa para dos niños el tener que viajar en un asiento, el hacinamiento a que ello da lugar cuando el transporte se hace a la máxima capacidad del vehículo, genera graves riesgos para la vida, la salud y la integridad física, con consecuencias funestas.

Siendo el niño un sujeto que merece un tratamiento especial y privilegiado por el Estado, la sociedad y la familia, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás, no resulta acorde con los principios de la dignidad humana

⁹ M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

y de igualdad que un menor de 7 años no pueda viajar en un vehículo en las mismas condiciones de comodidad y seguridad en que lo hace cualquiera otra persona. En otros términos, no encuentra justificado la Corte, desde el punto de vista constitucional, el diferente tratamiento que la norma le da a los niños menores de 7 años.

Por estas razones, la Corte declaró inexecutable la disposición impugnada.

En la Sentencia C-722 de 2004¹⁰ la Corte estudió si las expresiones “mujer” y “de la mujer” del título y los artículos 1.º, 2.º y 5.º de la Ley 861 de 2003, “Por la cual se dictan disposiciones relativas al único bien inmueble urbano o rural perteneciente a la mujer cabeza de familia”, en cuanto establecen un beneficio aplicable a los menores que dependen de una mujer cabeza de familia, de un lado, comportan vulneración de los derechos de los niños que dependen de un padre que se encuentre en la misma situación de una mujer cabeza de familia; y de otro, implican una discriminación entre los menores que dependen de una madre cabeza de familia y quienes se encuentran a cargo de un hombre en la misma situación fáctica.

Basándose en las sentencias C-184 y 964 de 2003, la Corporación encontró que si bien el Estado debe adelantar acciones afirmativas a favor de la mujer cabeza de familia, no existe razón para diferenciar entre madres y padres cabeza de familia en la misma situación fáctica cuando las medidas de protección están dirigidas a sus hijos menores de edad. Por ello declaró las expresiones exequibles, siempre y cuando se entendiera que el beneficio establecido en la ley a favor de los hijos menores de la mujer cabeza de familia es extensivo a los hijos menores dependientes del hombre que, de hecho, se encuentre en la misma situación que una mujer cabeza de familia, en los términos del artículo 2.º de la Ley 82 de 1993. La Corporación señaló:

Hace notar la Corte, que, no obstante lo anterior, es claro que, por las razones que se han expresado, la Constitución contempla la necesidad de que el

¹⁰ M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Estado establezca un régimen especial de protección para la mujer cabeza de familia y que las previsiones que en ese sentido se contengan en la ley, son manifestación de ese apoyo especial que las autoridades deben brindar a quienes, no solo han debido enfrentar condiciones de discriminación por razones de género, sino que, además, se encuentran en una situación particularmente gravosa, cual es la de ser cabeza única del grupo familiar. De este modo, por expreso mandato constitucional, el Estado debe adelantar acciones afirmativas en favor de la mujer cabeza de familia, lo cual no resulta incompatible, sin embargo, con que, cuando dichas medidas tengan como propósito fundamental la protección de los menores que dependen de la mujer cabeza de familia, por consideraciones de igualdad y protección de los derechos de los menores, al amparo de los artículos 13 y 44 de la Constitución, las mismas deban hacerse extensivas a los menores que dependan de un hombre que se encuentre en la misma situación fáctica de la mujer cabeza de familia.

En el presente caso, la medida prevista en la Ley 861 de 2003 busca proteger el patrimonio mínimo del grupo familiar, representado en el inmueble que destinan para vivienda, como medida de protección, no solo de la mujer cabeza de familia, sino, primordialmente, de los menores que dependen de manera exclusiva de ella. En atención a esa específica finalidad de la norma, no existe razón que justifique limitar ese amparo especial a los menores que dependan de su madre, y no aplicarlo a aquellos que, en las mismas circunstancias, dependan exclusivamente del padre.

4.4. Inasistencia alimentaria

El tema de la inasistencia alimentaria ha sido tratado por la Corte en varias sentencias, de las cuales se destacan las siguientes:

- a. Sentencia C-459 de 1995.¹¹ Allí la Corte examinó si, en relación con los delitos que lesionen a menores y que por regla general son querellables, como

¹¹ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta ocasión la Corte estudio una demanda contra el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2.º de la Ley 81 de 1993,

la inasistencia alimentaria, es la querrela una condición de procedibilidad de la acción penal. La Corporación respondió que la querrela en estos casos no puede ser requisito de procesabilidad, ya que la protección del menor es un deber no solo de la familia, sino de toda la sociedad. Al respecto expresó:

La comisión de un hecho punible que tenga como víctima a un menor, no puede ser un asunto que sólo concierna a la familia y que la ley pueda permitir no traspase el umbral de lo puramente privado, incluso hasta consagrar su virtual impunidad. La sociedad y el Estado deben acudir sin tardanza y con vigor a ofrecer su defensa al agraviado. Establecer, en estos casos, la querrela es impedir que la sociedad y el Estado puedan cumplir con su obligación constitucional, irrevocable e incondicional, de defender al niño. La ley inconsultamente le arrebató al menor la posibilidad de su defensa colectiva, cuando esta puede ser la más eficaz. El principio más elemental de solidaridad humana, se disuelve en un juicio práctico de conveniencia. La lectura del informe ponencia presentado a la Asamblea Nacional Constituyente, es igualmente demostrativa de que la querrela como condición de procesabilidad de los delitos que se cometan contra menores, frustra el principio de prevalencia de sus derechos y la garantía en la que reposa: todos tienen la obligación de defender a los niños. El menor es el sujeto que en ningún momento debe dejar de concernir a la colectividad. Menos cuando es víctima de un delito.

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte declaró exequible, de manera condicionada, el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2.º de la Ley 81 de 1993, bajo el entendido de que los delitos que allí se enuncian y que se cometan contra menores, no quedan sujetos, como condición de procesabilidad, a la formulación de la respectiva querrela.

sobre delitos que requieren querrela. La demandante alegaba que el requerir querrela incluso para los delitos cometidos en contra de los menores, es contrario al interés superior del menor.

- b. Posteriormente, en la Sentencia C-113 de 1996,¹² la Corte examinó, en particular, si cuando se comete el delito de inasistencia alimentaria es requisito indispensable para la iniciación de la acción penal respectiva que se presente querrela. La Corte reiteró lo dicho en la Sentencia C-459 de 1995 y con fundamento en los mismos argumentos declaró la exequibilidad del artículo 267 del Decreto 100 de 1980, bajo el entendido de que dicha disposición no se aplica cuando en los delitos a los que se refiere aparezca como sujeto pasivo un menor.¹³
- c. En la Sentencia C-1646 de 2000¹⁴ la Corporación estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2.º del artículo 270 del Decreto 2737 de 1989, el cual, además de lo previsto en el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, ordena al juez al otorgar la libertad provisional a quien comete el delito de inasistencia alimentaria y determinar las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria.¹⁵ Para los demandantes, la norma vulnera los derechos de los menores, ya que, además de remitir a una norma derogada, no fija una medida coercitiva para asegurar que el procesado cumpla con su obligación alimentaria de manera permanente y contempla una garantía exigua que es imposible hacer tangible en el curso de la actuación penal. La Corte consideró que la disposición es constitucional a partir de una interpretación finalista de la misma. En efecto, la Corporación encontró que una interpretación finalista permite concluir que la disposición sí tiene aplicación en la fase instructiva

¹² M.P.: Carlos Gaviria Díaz. En esta sentencia la Corte conoció una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 267 del Decreto 100 de 1980 y 2.º (parcial) de la Ley 81 de 1993 que modificó el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991. El primero se refiere a los delitos que requieren querrela como requisito de procesabilidad. El segundo dispone que los mencionados en el capítulo anterior requieren querrela para que se inicie la acción penal.

¹³ Respecto al artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2.º de la ley 81 de 1993, la Corte dispuso estarse a lo resuelto en la Sentencia C-459 de 1995.

¹⁴ M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ El texto de la disposición demandada relativo al tipo penal de inasistencia alimentaria es el siguiente: "Art. 270. Cuando el delito de inasistencia alimentaria se cometa contra un menor, la pena será de prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de uno (1) a cien (100) días de salarios mínimos legales. // Además de lo previsto por el artículo 443 del Código de Procedimiento Penal, el juez, al otorgar la libertad provisional, determinará las garantías que deban constituirse para el cumplimiento de la obligación alimentaria". (El aparte en cursivas fue el demandado.)

del proceso penal y que, además, contiene un mandado al juzgador de fijar garantías que aseguren el pago de los alimentos al menor. En otras palabras, la Corte consideró que la disposición demandada contiene un instrumento de protección de los derechos del menor. Sobre ello expresó:

La norma acusada en efecto lo que ofrece es un instrumento adicional a los establecidos en las normas procesales penales para que en el caso del delito de inasistencia alimentaria el funcionario competente, según la etapa del proceso penal en la que se decida conceder la libertad provisional al sindicado, cuente con la posibilidad de garantizar el cumplimiento inmediato o futuro de la obligación alimentaria que este haya venido desconociendo, y ello en virtud precisamente de la especial protección exigida por el artículo 44 de la Constitución para los derechos de los menores.

Lejos de contravenir el mandato de este artículo constitucional, lo que la norma hace, independientemente de su eficacia y de la diligencia de los operadores jurídicos en su aplicación, es desarrollarlo, estableciendo en cabeza de la autoridad judicial competente una obligación de fijar garantías que aseguren el pago de los alimentos al menor.

- d. En la Sentencia C-144 de 2001,¹⁶ con ocasión de una demanda contra el artículo 271 del Decreto 2737 de 1989, la Corte se preguntó si la posibilidad de desistimiento por una sola vez, prevista en los procesos penales por el delito de inasistencia alimentaria contra menores, y la conciliación aplicable indirectamente por ser un delito que admite desistimiento, violan los preceptos constitucionales del artículo 44 y los tratados internacionales que contemplan la prevalencia de los derechos de los menores.

La Corte estimó que las posibilidades de desistimiento y conciliación en los procesos penales por el delito de inasistencia alimentaria contra menores no vulneran la Carta, ya que su finalidad es permitir que se extinga la acción penal respecto de quien, una vez iniciado el proceso penal, cumple su

¹⁶ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

obligación alimentaria, para que pueda continuar libre y cumpliendo con su obligación. La Corporación manifestó al respecto:

El actor considera que debe eliminarse la posibilidad de desistimiento que trae el artículo demandado; en el contexto del proceso que se estudia, esta figura cumple una doble función: por una parte, es una advertencia a quien falta a su obligación alimentaria ya que, una vez el representante del menor desiste, y con ello extingue la acción penal iniciada en contra del infractor (art. 77 Código Penal), tiene una oportunidad para reparar su comportamiento delictivo, y asumir las responsabilidades que tiene para con el menor. Obviamente esta medida busca la efectividad del cumplimiento de la obligación alimentaria, pues el imputado o procesado es consciente de que existe una investigación o un proceso en su contra (existe el riesgo de terminar en la cárcel) pero aún conserva su libertad para trabajar y así satisfacer las necesidades del menor a quien debe alimentos: de ninguna manera es útil al menor desprotegido, que aquella persona responsable de ver por sus necesidades se encuentre privada de la libertad, y por eso más se guardan sus intereses si se da libertad a aquel, aunque sea temporalmente y con la amenaza inminente de un proceso penal, para que cumpla lo que le corresponde.

[...]

Indirectamente, la norma demandada permite la celebración de audiencias de conciliación en estos casos ya que, en consonancia con el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, la solicitud o la fijación de fecha para realizarlas solo procede en los delitos que admiten desistimiento y en los previstos en el artículo 39 del mismo Código (homicidio culposo y lesiones personales culposas). Al dejar intacto el artículo demandado, se da a los padres o quienes tengan a su cargo el cuidado del menor, la posibilidad de pactar en buenos términos, y en presencia del funcionario judicial, un acuerdo para el cumplimiento de la obligación alimentaria: “Garantizado el cumplimiento del acuerdo, se proferirá resolución inhibitoria, de preclusión de la instrucción o cesación de procedimiento” (art. 38, inc. 2.º C.P.P). Así se termina el proceso con un arreglo, y con la voluntad de

quien antes incumplía, de llevar a cabo sus deberes como le corresponde. En caso de no ser fiel a los compromisos adquiridos en ese documento, “se continuará inmediatamente el trámite que corresponda” (art. 38, inc. 3.º C.P.P.). Con esa posibilidad, una vez más se da a quien debe velar por el bienestar del menor, la oportunidad de cumplir sus obligaciones, y se garantizan de mejor manera los intereses del indefenso porque, de nuevo, se deja a aquel en libertad para que pueda trabajar y procurarle a este lo que necesita. Luego, si se presenta incumplimiento, el procesado deberá afrontar las consecuencias.

Estas dos maneras de terminar el proceso se ajustan a la Constitución, y a su concepción del individuo libre y responsable. Estimulan el acuerdo serio entre sujetos que por alguna razón mantienen una relación conflictiva, e intentan evitar las decisiones impuestas por terceros que, con la investidura del poder punitivo del Estado, refuerzan la imposibilidad de comunicación entre las personas, y pueden llegar a tomar medidas que se alejan del real bienestar de los menores. No quiere decir esto que la intervención del juez nunca sea bienvenida, pues es claro que hay casos en los que las personas rehusan conciliar, y anteponen sus intereses o sus rencores a las necesidades de los menores; en tal caso, resulta adecuado que este tercero intervenga, pero debería ser la excepción, y su ausencia la regla.

- e. La Sentencia C-011 de 2002¹⁷ analizó si el inciso primero del artículo 150 del Decreto 2737 de 1989, al disponer que mientras el deudor de alimentos a favor de un menor no cumpla o se allane a cumplir la obligación, no puede ser escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en el ejercicio de otros derechos sobre el menor, constituye una vulneración del derecho a acceso a la administración de justicia y al debido proceso de los obligados, así como a los derechos a la integridad familiar y a un adecuado desarrollo de los menores involucrados. Para la Corporación, la disposición demandada prevé una medida proporcionada

¹⁷ M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

teniendo en cuenta, de un lado, que busca garantizar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias a favor de los menores, y de otro, que el ordenamiento dota de mecanismos al alimentante para determinar su obligación y demostrar la satisfacción de su obligación. En este orden de ideas, declaró la disposición exequible. En relación con esto expresó la Corte:

... el Código del Menor posibilita al deudor para que ofrezca el monto con el que va a cubrir su obligación, para que promueva una conciliación, o para que inicie un proceso de alimentos, procedimientos que pueden ser utilizados no solo para la determinación del monto con el que, periódicamente, el alimentante debe responder, sino también para la revisión de la cuota previamente fijada o convenida –artículos 133 a 159–.

De manera que la exigencia de demostrar el cumplimiento de la obligación alimentaria no puede considerarse contraria a los artículos 29 y 229 constitucionales, puesto que, además de responder a la finalidad legítima de propender por la subsistencia del menor, no se trata de un obstáculo impuesto para impedir el acceso a la justicia, sino de una medida razonable destinada a garantizarle al niño su desarrollo armónico e integral, de cara a quien, precisamente, acude ante la administración de justicia con el objeto de hacer efectivos sus derechos en relación con el menor –artículo 44 C.P.–.

[...]

A su vez, como quiera que quien no demuestra que está dando cumplimiento a su deber de atender los requerimientos alimentarios del menor, si bien no puede ejercer sus derechos de acción y de contradicción en relación con el menor, puede subsanar fácilmente su omisión allanándose a cumplir con tales requerimientos, la exigencia en comento no hace inoperantes ni trunca los mencionados derechos.

Es por las razones anteriormente expuestas que la exigencia del Legislador impuesta al alimentante, respecto del cumplimiento de la obligación alimentaria, para ejercer los derechos relacionados con el menor, no quebranta el ordenamiento constitucional, en razón de que se trata de un requisito posible y sencillo de cumplir, además de enorme trascendencia para el desarrollo del menor.

4.5. Patria potestad

La pérdida de la patria potestad de los padres que han sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año fue examinada en la Sentencia C-997 de 2004.¹⁸ En ella, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 315 del Código Civil, la Corte se preguntó si la pérdida de la patria potestad en el caso señalado vulnera la Constitución, pues puede conducir a que el menor se quede hasta su mayoría de edad sin el amparo y protección de sus progenitores. Para la Corte la disposición protege los derechos de los menores, por cuanto, en primer término, busca la separación jurídica de los menores de los padres que no brindan las condiciones morales, éticas, sociales, etc., para su desarrollo integral y que, por el contrario, con sus conductas ponen en riesgo su correcta formación. Además, dado que los menores en estas circunstancias quedan bajo la custodia de un guardado, ello asegura que no queden desamparados. La Corte expresó:

Al respecto, considera la Sala que precisamente el principal objetivo de la medida legislativa de terminación de la patria potestad, es poner fin al ejercicio de los derechos que con fundamento en ella ejercen los padres respecto de los hijos, en aras a garantizar la prevalencia de los derechos que estos tienen reconocidos constitucionalmente.

En este sentido, la terminación de la patria potestad independientemente de la causal que se invoque efectivamente tendrá como consecuencia la separación jurídica de los hijos frente a sus padres en lo que respecta a los derechos que estos ejercen sobre ellos. Extinción de derechos que se encuentra justificada en la medida que con esa determinación se protege al menor de personas que no brindan las condiciones morales, éticas, sociales, etc., para su desarrollo integral y que por el contrario con sus conductas (acciones u omisiones) ponen en riesgo la correcta formación de las niñas y niños en un ambiente de armonía y unidad.

Además, debe tenerse en cuenta que la privación efectiva de la libertad por su naturaleza y las particulares circunstancias de quien la afronta en

¹⁸ M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

muchos eventos implica una limitación al ejercicio de la patria potestad, que impide que se mantenga la unidad familiar en la que deben vivir los niños. Esta separación como se ha indicado, en manera alguna implica abandono ya que el menor a cuyos padres se les ha dado por terminada la patria potestad no sólo se le designará un guardador sino que sus padres deberán seguir cumpliendo las obligaciones que como tales tienen para con sus hijos. Así, es precisamente el interés superior del menor el que justifica la cesación de la potestad parental, por lo cual la causal objeto de acusación no contraría el inciso final del artículo 28, ni los artículos 42 y 44 de la Carta.

4.6. Prelación de créditos alimentarios a favor del menor

En la Sentencia C-092 de 2002¹⁹ la Corte Constitucional estudió la prelación de créditos alimentarios como un derecho de los niños. En particular, examinó si la inclusión por el Código Civil de los créditos por alimentos a favor de menores en el quinto orden de prelación de los créditos de la primera clase vulnera la prevalencia de los derechos de los niños,²⁰ ya que constituye un impedimento para garantizar el mínimo vital de los menores. Al respecto expresó:

De esta forma, si los bienes del deudor son insuficientes para cancelar el valor de su obligación alimentaria, se desconoce la prevalencia de los derechos de los niños reconocida por el Ordenamiento Superior. En efecto, tal como está la disposición se le da preferencia a los derechos de los acreedores de créditos laborales, expensas funerales, costas judiciales y gastos de enfermedad, sobre el derecho de los menores de reclamar lo necesario para su subsistencia y todo aquello que se requiere para garantizar su desarrollo integral y armónico, lo que incluye salud, habitación, alimentación, educación, vestido, recreación, etc.

¹⁹ M.P.: Jaime Araujo Rentarías.

²⁰ La Corte analizó en esta sentencia una demanda contra un aparte del numeral 5.º del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, según el cual *los créditos por alimentos a favor de menores pertenecen a la quinta causa de los créditos de primera clase.*

Frente a esta situación, es evidente que la disposición acusada vulnera abiertamente el artículo 44 de la Constitución, que consagra la primacía de los derechos de los menores, entre estos el de alimentos, pues sin ese sustrato básico para vivir dignamente, no les es posible ejercer los demás derechos fundamentales.

En efecto, la Corte advierte que lo que está en juego al aplicar la prelación de créditos de la primera clase, en caso de concurrencia de varios acreedores frente a un mismo deudor, es precisamente la efectividad de la prevalencia de los derechos de los niños en cuanto a su derecho a recibir alimentos. Es ahí donde se mide realmente esa primacía, pues es al momento de cobrar la acreencia de que son titulares los menores cuando su derecho se enfrenta a los derechos de otros acreedores. Esto se deriva de un razonamiento muy simple: el concepto de prevalencia hace referencia, necesariamente, al concepto de relación. Cuando se dice que algo prevalece, es menester que existan otros elementos por encima de los cuales ese algo se pueda situar pues, de lo contrario, no hay una verdadera prevalencia, sino una simple ubicación espacio-temporal sin mayores implicaciones.

En este caso, el derecho de los niños a reclamar las deudas de alimentos de su deudor entra en competencia con los derechos de los demás acreedores, y es justamente en relación con esos derechos que este debe prevalecer. En tal virtud, es imperativo de la Corte propugnar por la efectividad de la prevalencia de los derechos de los niños pues, de lo contrario, la norma constitucional que la consagra se convierte en simple letra muerta. Ciertamente, “la satisfacción de la obligación alimentaria no reposa únicamente en su reconocimiento normativo, requiere de garantías precisas y especiales que la protejan y hagan efectiva...”

Con fundamento en estas razones, la Corte declaró inexecutable la expresión “la quinta causa de”, contenida en el numeral 5.º del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, y executable en forma condicionada el resto de la disposición, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los

demás y que los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase.

4.7. La seguridad social como derecho fundamental del menor

El derecho a la seguridad social de los menores ha sido examinado por la Corte Constitucional en centenares de fallos de tutela. En sentencias de constitucionalidad son dignos de mención los fallos C-152 de 2002²¹ y C-653 de 2003.²²

En el primero²³ la Corte se planteó si el Legislador puede, con base en la cláusula general de competencia, excluir de la pensión vitalicia de los soldados caídos en combate a sus hijos menores de edad,²⁴ y si se viola la Constitución al establecerse que en tres años prescriben los derechos establecidos en la Ley 447 de 1998, teniendo en cuenta que se trata de derechos irrenunciables.²⁵

Con relación a la primera cuestión, la Corte consideró que la exclusión de los menores como beneficiarios de la pensión en cuestión vulnera la Constitución, ya que los somete a una situación de desprotección. Por ello declaró la exequibilidad condicionada de artículo 5.º, inciso 1.º, de la ley, bajo la condición de que si el fallecido durante la prestación del servicio militar obligatorio tiene hijos que tengan derecho a los beneficios establecidos en la Ley 447 de 1998,

²¹ M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

²² M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

²³ En este fallo la Corte se ocupó de una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 5.º y 6.º de la Ley 447 de 1998, “Por la cual se establece pensión vitalicia y otros beneficios a favor de parientes de personas fallecidas durante la prestación del servicio militar obligatorio y se dictan otras disposiciones”.

²⁴ El parágrafo 1.º del artículo 5.º de la ley demandada señala: “Establécese como requisito para la persona que vaya a ser beneficiario de la pensión que al momento de serle reconocida tenga como edad mínima cincuenta (50) años. De no tener esta edad, el Acto Administrativo del reconocimiento se suspenderá hasta el cumplimiento de esta condición suspensiva, sin que se inicie la prescripción de que trata el artículo 6 de esta ley”.

²⁵ El parágrafo 6.º del artículo 5º de la ley demandada indica: “Prescripción. Los derechos aquí consagrados prescriben en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria del hecho o acto administrativo”.

estos son los primeros llamados a recibir tales beneficios, de conformidad con el Decreto 1211 de 1990.

Sobre la segunda cuestión, la Corporación estimó que dado que el beneficio reconocido es una pensión y no una indemnización, la prescripción contenida en el artículo 6.º de la Ley 447 de 1998 es exequible, pero entendida según la regla general de las pensiones, es decir, se pierden las mesadas dejadas de reclamar en el término de prescripción, pero el derecho no desaparece en el plazo señalado.

En el segundo fallo –C-653 de 2003– la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad instaurada contra las expresiones: “Después de los 12 años se deberá acreditar la escolaridad en establecimiento docente debidamente aprobado”, “y que cumplan con el certificado de escolaridad del numeral 1”, contenidas en los numerales 1 y 2, respectivamente, del parágrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley 789 de 2002. La demanda se refería a la presunta violación de los artículos 13, 44 y 67 de la Constitución al inferirse por el actor y algunos intervinientes que dichos enunciados prodigan injustificadamente un trato diferenciado a los niños que por escasos recursos económicos o a causa de afecciones físicas o mentales no pueden acceder al sistema educativo, por lo que sus padres no pueden cumplir con el requisito legal impuesto en los apartes normativos demandados y, como consecuencia de ello, no pueden ser beneficiarios del subsidio familiar. La Corte declaró exequibles las expresiones, ya que –a su juicio– el presupuesto de la acreditación de la escolaridad desarrolla los derechos de los niños y niñas a la igualdad y a la educación, en primer lugar por cuanto, de acuerdo con la Constitución, la educación debe ser gratuita entre los cinco y quince años de edad, y en segundo lugar, porque los padres que reciben el subsidio perciben un salario con el que deben garantizar educación a sus hijos. La Corte expresó:

En efecto, los trabajadores que son titulares de esa prestación devengan al menos un (1) salario mínimo, es decir, tienen una fuente de ingresos para atender, en alguna medida, las cargas económicas que representan la educación de sus menores hijos, con lo cual se desvirtúa el argumento del actor,

ya que la norma parcialmente acusada no tiene por destinatarios a familias de escasos recursos, esto es, a quienes ni siquiera cuentan con un empleo. Conforme lo establece el artículo 67 de la Carta, el Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, así las cosas el requisito impuesto en la norma parcialmente demandada, está acorde con la obligación que el Constituyente atribuyó a los padres respecto del acceso al conocimiento de sus hijos.

El citado precepto constitucional, establece además que la educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos, mandato que garantiza que los bajos recursos económicos de una familia no sean obstáculo para que los padres cumplan con su responsabilidad de brindar educación y la cultura a sus hijos menores de edad (art. 44 C.P.). De esta manera, el Estado cumple primariamente con el deber que en materia de educación impuso la Constitución.

No obstante, las Cajas de Compensación encargadas de cancelar el subsidio familiar sólo de manera excepcional, y en casos donde esté demostrada la diligente y sostenida actividad de la familia en orden a la consecución del cupo escolar en establecimientos educativos públicos, y este no se haya obtenido por razones debidamente probadas e imputables al Estado, podrán valorar esa situación particular en aras al reconocimiento del subsidio.

La difícil situación económica del país no puede significar que las familias colombianas no hagan uso de los mecanismos y canales que el propio ordenamiento superior consagra para incidir en la aplicación efectiva del mandato constitucional que garantiza el derecho a la educación de los niños, como desarrollo del principio de participación que informa el funcionamiento del Estado (arts. 1.º y 2.º C.P.).

4.8. Trabajo infantil

La Corte Constitucional abordó el trabajo infantil en la Sentencia C-170 de 2004,²⁶ en ella estudió si los preceptos legales acusados –artículo 30 del

²⁶ M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

Código Sustantivo del Trabajo y artículo 238 del Decreto Ley 2737 de 1989—desconocían los derechos fundamentales de los niños y, en especial, el derecho a la educación (artículos 44 y 67 C.P.), al permitir a los menores de quince años ingresar a la vida laboral, pese a que la Constitución y los tratados internacionales aprobados por Colombia sujetan la “edad mínima” para acceder a la vida productiva a aquella edad en la cual cesa la obligación escolar.

La Corte encontró lo siguiente:

... la Constitución Política impone una medida de protección acorde a la prevista en los tratados internacionales que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad *strictu sensu* (Convención sobre los Derechos del Niño y Convenios Nos. 138 y 182 de la OIT), conforme a los cuales, por regla general, la edad de admisión al empleo es aquella en que cesa la obligación de garantizar la escolaridad mínima, es decir, los quince (15) años. Sin embargo, es posible ingresar al mundo laboral a partir de los catorce (14) años, de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio No. 138 de la OIT, edad a la cual se acogió Colombia por ser un país cuya educación está insuficientemente desarrollada (ratificación del citado convenio, visible a folio 64 del expediente de constitucionalidad). Así mismo, también se encuentra ajustado al Texto Superior que de manera excepcional y bajo estrictas condiciones las autoridades respetivas autoricen a niños mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) para ejecutar *trabajos ligeros*, siempre que no afecten la salud, el desarrollo integral y la educación del menor. Por ello, es inconstitucional que el Legislador desconozca los citados mandatos, permitiendo el acceso a la vida laboral a una edad inferior, con las perversas consecuencias que ello genera para la educación, el desarrollo y el porvenir de los niños, en los términos previstos por los artículos 44 y 67 del Texto Superior.

Con fundamento en estas consideraciones, declaró exequibles las disposiciones impugnadas, siempre y cuando se entendiera, en el caso del artículo 30 del Código Sustantivo del Trabajo, que los mayores de doce años pueden

trabajar si se da estricto cumplimiento a las edades mínimas y a los requisitos contenidos en el Convenio No. 138 de la OIT, y que no pueden hacerlo en las actividades a que se refiere el Convenio 183 de la OIT; y en el caso del inciso 2.º del artículo 238 del Decreto Ley 2737 de 1989, que la prestación subordinada de servicios por parte de menores de quince años y mayores de catorce se encuentra sujeta a las condiciones previstas en los Convenios 138 “Sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo” y 182 “Sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil” de la OIT. Por último, declaró inexecutable la expresión: “con las limitaciones previstas en el presente código”, prevista en el inciso 2.º del artículo 238 del Decreto Ley 2737 de 1989.

4.9. Salvamento de voto en procedimiento para sanciones de menores²⁷

En la Sentencia T-113 de 2005 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), al resolver una acusación contra los artículos 178, 179, 185, 186, 190 y 192 del Decreto 2737 de 1989, la Corte se declaró inhibida. Sin embargo, un salvamento de voto del doctor Jaime Araújo trae unas consideraciones interesantes, a la luz del antiguo Código del Menor:

1. En primer lugar, el régimen especial que amerita el tratamiento de la responsabilidad de los menores debe prever jueces, sanciones y procedimientos especiales, lo cual no obstante no puede implicar un recorte de las garantías constitucionales.
2. En segundo lugar, en los instrumentos internacionales no se establece que el juzgamiento y acusación de los menores debe ser separado, sino que el fundamento de esta norma se encuentra en la Constitución Nacional en su artículo 252. La sentencia tiene razón en que en todo proceso, una garantía de imparcialidad es la de que quien acusa no sea el mismo que

²⁷ Jurisprudencia referenciada para la sentencia: C-211 de 1992, C-061 de 1993, C-063 de 1994, C-335 de 1994, C-506 de 1996, C-447 de 1997, C-622 de 1997, C-236 de 1997, C-1065 de 2000, C-1052 de 2001, C-540 de 2001, C-142 de 2001, C-992 de 2001, C-898 de 2001, C-621 de 2001, C-520 de 2002, C-157 de 2002, C-226 de 2002, C-155 de 2002, C-641 de 2002, C-389 de 2002, C-406 de 2003.

quien juzga, lo cual constituye un principio general. También tiene razón el fallo en que en la acusación deben respetarse todas las garantías y que en el caso de los menores, el funcionario especializado debería serlo también para la investigación y acusación.

3. En tercer lugar, considero que en el fallo no se debe poner tanto el acento en la realidad, pues el incumplimiento de la norma no hace que las normas sean inconstitucionales.

4. En cuarto lugar, sostengo que hoy en día el acto legislativo que estableció el sistema penal acusatorio es parámetro de control y que la validez mira tanto al procedimiento como al contenido de la norma de superior jerarquía a la luz de la nueva regulación.

5. En quinto lugar, considero que la presente sentencia parte del supuesto de que hay unas garantías procesales generales que deben ser iguales para el menor. El derecho internacional se complementa con el derecho interno, que para el caso establece una serie de garantías mínimas (art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño), que no pueden ser tocadas por la especialidad de un proceso, entre otras, la presunción de inocencia, el derecho a ser escuchado. Así aunque los jueces de menores son jueces especiales, son jueces penales, que deben participar de algunos elementos comunes, como los referentes a las mencionadas garantías, las cuales pueden ampliarse en el derecho interno, pues los tratados fijan un mínimo. El derecho penal moderno ha separado la investigación del juzgamiento como una garantía de la libertad, lo cual es esencial, aun en el proceso de menores. A veces los impedimentos y recusaciones no son suficientes para garantizar la imparcialidad del juzgamiento.

6. En concordancia con lo expuesto propongo una sentencia sustitutiva de los sujetos, para señalar cuál es el funcionario que está legitimado para adelantar la investigación –bien se trate de fiscales especializados o jueces de instrucción– y me declaro en conformidad con hacer una integración normativa.

Como la jurisprudencia antes reseñada responde a un análisis de constitucionalidad, y la Constitución no ha sido modificada en cuanto a las normas

protectoras del menor. Esta jurisprudencia puede considerarse precedente, pese a que el Código del Menor haya sido reemplazado por uno nuevo. Durante la vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia²⁸ vale la pena reseñar la sentencia que se indica a continuación.

4.10. Protección a los menores después de expedido el Código de la Infancia y la Adolescencia

En la Sentencia C-061 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla) se declara inexecutable el inciso 2.º del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Este fallo se analizará posteriormente, pero en cuanto a la protección del menor, la *ratio decidendi* de la sentencia está contenida en los siguientes párrafos:

Bajo el entendido de que el artículo 44 constitucional establece el deber de la familia, de la sociedad y del Estado de adelantar acciones efectivas para proteger a los niños y hacer realidad los derechos fundamentales que la misma norma les reconoce, y teniendo en cuenta que, según puede

²⁸ Son numerosos los fallos en los cuales la Corte Constitucional se abstuvo de conocer. Dentro de las numerosas sentencias de inhibición está la C-033 de 2008, en la cual la Corte se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la demanda formulada contra las expresiones “estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes”, y “cuando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente”, contenidas en el artículo 174 de la Ley 1098 de 2006; la expresión “renunciar”, del inciso 1.º del artículo 175 de la Ley 1098 de 2006 y los numerales 1.º, 2.º, 3.º, y 4.º del mismo artículo 175 de la Ley 1098 de 2006.

En la Sentencia C-951 de 2007, pese a que se declaró la inhibición, se tuvo en cuenta lo siguiente: la Corte encuentra que existe una marcada incongruencia entre el contenido jurídico de las expresiones demandadas y el cargo de la demanda. En efecto, mientras las disposiciones demandadas consagran la posibilidad de imponer la sanción de arresto –sin indicar la autoridad encargada de imponerla– y los criterios de dosificación de esta sanción, el demandante encuentra inexecutable la atribución de tal facultad al Defensor de familia. En otras palabras, la atribución legal que el demandante cuestiona no se deriva, de manera autónoma, del contenido de las disposiciones que demanda. Sin embargo, de las disposiciones parcialmente demandadas sí se derivan otras consecuencias de relevancia constitucional que el actor no menciona y que, por tal razón, no dieron lugar a debate constitucional. Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Corte se vea obligada a proferir un fallo inhibitorio.

deducirse, la medida cuestionada constituiría un instrumento encaminado al cumplimiento de estos deberes, es necesario entonces determinar si tal mecanismo resulta legítimo y proporcionado a la luz de la Constitución.

Para esto es procedente realizar un test de proporcionalidad de la medida cuestionada,

Finalidad de la medida: la finalidad de esta publicación es, al menos de manera genérica, la protección de los menores de edad residentes en Colombia y la prevención de nuevas conductas de agresión sexual en contra de ellos. Aceptado entonces que el objetivo de esta publicación es contribuir a la protección de niños, niñas y adolescentes residentes en Colombia, previniendo nuevos delitos sexuales en contra de ellos, encuentra la Corte que la finalidad del precepto acusado resulta legítima, a la luz de nuestro ordenamiento constitucional.

Idoneidad de la medida para alcanzar el objetivo propuesto: si se trata de ejercer prevención general para disuadir a futuros infractores en potencia, tampoco aparece motivación en el proceso legislativo, con estudios biológicos, psicológicos, sociológicos y, en general, criminológicos, sobre la naturaleza de esos delitos.

Tampoco se analizó, en la misma línea, el índice de reincidencia en este tipo de conductas, que puede ser significativamente alto y daría lugar a pensar que tampoco opera la prevención especial, con lo que aun el hecho de haberse divulgado la información relativa a la propia condena, no parecería razón suficiente para contener a un individuo en trance de cometer una nueva acción delictiva de la misma naturaleza.

En el plano de prevenir a la población sobre la presencia de estos individuos en sus vecindarios y el peligro que representan, debe tenerse en cuenta que por la época en que ha de efectuarse la difusión, “las personas que hayan sido condenadas en el último mes”, en la mayoría de los casos el sentenciado estará aún privado de la libertad, dado el extendido *quantum* punitivo actual, quedando sin fundamento ese objetivo de la publicación en el mes siguiente.

Pero, en el otro extremo, si se previera que la divulgación ha de hacerse al ser excarcelado, se estaría desconociendo el nominal efecto de reinserción social, rehabilitación o resocialización que se le abona a la pena como una de sus funciones inmanentes, teóricamente justificadora especialmente de la privación de la libertad.

Por lo anterior, no encuentra la Corte evidencia, ni siquiera mediana, de que el medio escogido para brindar protección a la población infantil tenga una efectividad tal que justifique la instauración de esta medida.

Relación entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa contra otros bienes jurídicos: de manera general, es evidente que aquellas personas condenadas cuya identidad se difunda sufrirán por ello una innecesaria afectación adicional; si además de al sentenciado, o en lugar de él, quienes observen la divulgación conocen a su familia, los naturales sentimientos negativos que una noticia de este tipo despierta podrían extenderse contra personas que no solo no son culpables de la depravación que se informa, sino que seguramente la desaprueban o alguno (a) (s) de ellos la han padecido, y vienen a sufrir adicional vergüenza, baldón y otras aflicciones por lo que no han hecho. Aún más, se exponen a eventuales agresiones, verbales o de hecho, por parte de quienes conozcan y sepan dónde encontrar familiares del condenado, probablemente algunos en el rango de minoridad que teóricamente se quiere proteger.

La desproporción: con la aplicación de esta medida el delincuente está siendo utilizado por el Estado para crear temor, lo cual agrede de modo adicional, innecesario y poco útil, e implica una invasión a la órbita interna, además de utilización del individuo, inadmisibles frente a la persona humana, así se parta de la altísima gravedad de la acción perpetrada.

5. Análisis de la jurisprudencia sobre dignidad, libertad, debido proceso y dignidad humana*

Dídima Richo Chavarro**

Oscar José Dueñas Ruíz***

Beatriz Londoño Toro****

5.1. Dignidad humana

Uno de los pilares fundamentales de los ordenamientos jurídicos modernos de la sociedad occidental es la dignidad humana. La humanidad la reclama como parte esencial que permite a los seres humanos reivindicarse como diferentes del resto de los seres vivientes, verse y tratarse como individuos únicos e irrepetibles. En palabras de Kant, la dignidad es todo aquello que tiene valor, pero que no es objeto de intercambio, ni de precio, pues no es una cosa más entre las cosas, sino un fin en sí misma. La dignidad en ese sentido se asume como lo propio de los individuos de la especie humana, como sujetos morales, con una capacidad de libertad que les permite hacerse responsables del propio destino y dominar en sí mismos las leyes de la causalidad que operan regularmente en la naturaleza, si se cuenta con la realización efectiva de unos derechos fundamentales, inherentes a la condición humana.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la vida no recae únicamente sobre la conservación de la existencia fáctica, sino sobre la vida humana en condiciones de dignidad: “La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece

* Los autores agradecen la colaboración de Aura Gabriela Negret.

** Abogada de la Universidad Autónoma, doctora en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.

*** Abogado de la Universidad del Rosario, profesor de carrera e investigador del Grupo en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario, ex-magistrado auxiliar de la Corte Constitucional.

**** Abogada UPB, doctora en derecho constitucional de la Universidad Complutense, profesora de carrera y directora del Grupo de Investigación en Derechos de Humanos de la Universidad del Rosario.

con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones”.¹

La dignidad humana es, por tanto, la base para la organización social, es en última instancia el fin del contrato social, la finalidad del Estado Social de Derecho.

El derecho a la vida no implica la mera subsistencia, sino el vivir adecuadamente en condiciones dignas. Obviamente, este deber de asistencia del Estado, no lo obliga sino en la medida de las capacidades reales de su estructura protectora, pues nadie está obligado a lo imposible. Pero la incapacidad del Estado no puede ser tal, que razonablemente justifique la indigencia y la miseria humanas y deje de asistir, siquiera con los recursos mínimos exigidos por la condición humana, a quienes estén en circunstancias de extrema necesidad, sobre todo cuando esta es padecida por menores de edad.² La dignidad humana exige pues que al ser humano, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal.³

La dignidad, por referirse a las condiciones mínimas que deben darse para que la existencia humana pueda considerarse de acuerdo con la condición propia del mismo ser humano, varía según las necesidades de la vida y según el contexto histórico.

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

² *Idem.*

³ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

5.2. Libertad

La libertad se deriva de la facultad del ser humano de optar por llevar a cabo los actos que a bien tenga y determinar su propio proyecto de vida, con sujeción a los valores éticos que autónomamente acepta.

Como indica la Corte Constitucional en la Sentencia T-462 de 1992, tal facultad de elección asigna a los seres humanos distintas clases de libertades que se corresponden con una serie de derechos que la misma Corporación ha clasificado así:

a) Derechos que amparan la libre disposición del cuerpo: derecho a la vida, a la integridad personal, esto es, a no ser torturado ni esclavizado; derecho a la libertad personal, a la libre circulación de un lugar a otro, derecho al respeto, a la honra y reconocimiento de la dignidad, derecho al trabajo. b) Derecho al goce libre de sus manifestaciones espirituales, que se traducen en las libertades de pensamiento y expresión, conciencia, religión, asociación y educación. c) Hay otros derechos que le permiten al ser humano realizar los derechos antes mencionados, así, entre otros, la igualdad de las personas ante la ley; el principio del debido proceso, que incluye el principio de la irretroactividad de la ley; el derecho a participar en la vida política de la comunidad, etc.⁴

Estas libertades han sido el producto de un largo proceso histórico, que comenzó con las libertades físicas y ha sido complementado con discusiones sobre libertades morales, religiosas, etc. La historia del control constitucional en Colombia ha tenido diversas etapas de interpretación que responden a contextos económicos, culturales, políticos y sociales que han profundizado o limitado los derechos según la caracterización del Estado y las fuerzas políticas que lo definen. Desde la mitad del siglo XIX, liberalismo y conservatismo debaten frente al tema y al concepto de las libertades individuales.⁵

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-462 de 1992, M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

⁵ El conservatismo es una doctrina política que entiende la libertad sometida a un orden colectivo. El liberalismo es una doctrina política que entiende la libertad de un orden sometido a la

Ese proceso histórico ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, ya que es un ejercicio de altísima importancia a la hora de ordenar la protección efectiva de los derechos. Al respecto, ha dicho la Corporación:

La praxis de la libertad ha impuesto una lógica de categorizaciones que se traduce, por virtud de la especialización, en clasificaciones doctrinales y legales, cuya primera consecuencia se encuentra en el abandono del tratamiento de la libertad, como valor singular, propio del pensamiento liberal clásico, para adoptar el reconocimiento de libertades de distinta categoría según el fin perseguido por la autodeterminación, el principio garantizador del Estado y la protección Internacional de derechos humanitarios.⁶

5.2.1. Jurisprudencia restrictiva antes de 1991

El régimen político colombiano se había movido entre el conservadurismo y el liberalismo, lo que indudablemente incidió en el sistema judicial y condicionó la jurisprudencia colombiana. Esta última presenta diferencias sustanciales en la interpretación de la garantía de los derechos individuales, derivadas de los marcos jurídicos políticos que han definido el orden jurídico constitucional y la consiguiente interpretación constitucional.

En 1863, la Convención de Rionegro⁷ consagró la orientación política liberal clásica en todos los órdenes jurídicos, y con ella el tema de la libertad y la autonomía. Esta tendencia sobrevivió con sobresaltos hasta 1886, cuando se expide la Constitución de la República de Colombia. El triunfo de la ideología conservadora, el proteccionismo y la sumisión de la sociedad a los dictados de la moral católica, probablemente condujeron a que los derechos individuales no se posicionaran en Colombia en su dimensión material, y a que su avance no tuviera siquiera reconocimiento formal constitucional.

La Constitución Nacional de 1886, caracterizada por su corte conservador, se refería a las libertades como garantías, más que como derechos. Esta

autonomía del individuo.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-08 de 1992, M.P.: Fabio Morón Díaz.

⁷ Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1992, p. 19.

posición se irá flexibilizando con las reformas posteriores, hasta expedirse la Constitución Política de 1991, que incluye un catálogo de derechos fundamentales al servicio de las personas. Esas dos visiones definirán el sentido y el alcance del desarrollo jurisprudencial en el tema de los derechos individuales centrados en los derechos de libertad. La Constitución de 1886 no reconocía los derechos individuales como derechos fundamentales. Establecía un centralismo rígido bajo el “principio de autoridad”; sobre la base de la presunción de que la religión Católica era la de la totalidad del pueblo. Por ello le otorgaba personería jurídica y acogía el sistema concordatario para la regulación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado. También permitía la libertad de cultos, siempre y cuando no atentaran contra la moral cristiana, consagraba la garantía de la libertad de conciencia; hacía responsable a la prensa por sus pronunciamientos (artículo transitorio K), pero concedía facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para la prevención de los delitos de prensa; y limitaba otras libertades. Posteriormente, la Ley 61 de 1888, en la misma línea, otorgó facultades extraordinarias al Gobierno en materia de orden público, con fundamento en lo cual se restringieron las libertades en forma prácticamente permanente.

Como se observa, la Constitución de 1886 presentó un retroceso en materia de los derechos y libertades individuales característicos de los Estados liberales decimonónicos, e instauró en Colombia un Estado de corte conservador que limitaba las libertades individuales. Esta visión repercutirá en las decisiones judiciales y en el ejercicio y garantía de estos derechos en sede judicial

En este periodo se expidió también una primera ley que le ponía límites al ejercicio de las libertades, esta es la “Ley de los Caballos de 1887”, según la cual el presidente podría enviar a prisión, deportar o privar de los derechos políticos a aquellas personas que en sus críticas al Estado “afectaran el orden público”. Es decir, se restringió, entre otros, el derecho de libertad, sin necesidad de agotar el debido proceso, pues se dejaba al libre arbitrio del Ejecutivo la determinación de la afectación del orden público. Desapareció en ese sentido la relación entre libertad y debido proceso, este último como criterio garantizador de ese derecho.

Dentro de este contexto y el de la vigencia continua de la figura del estado de sitio, se produciría una jurisprudencia poco proclive a la protección

del derecho a la libertad. Los derechos de libertad fueron conculcados durante la época de aplicación del artículo 121 de la Constitución de 1886, y la jurisprudencia, en vez de acudir a la defensa de los derechos humanos, dio vía libre a la legislación excepcional.

5.2.2. Los poderes implícitos del presidente⁸

El 13 de noviembre de 1928⁹ se profirió la sentencia de los poderes implícitos del presidente de la República, con el fin de justificar que la policía investigara y juzgara, en un momento en que había conflictos en la zona bananera y el gobierno deseaba evitarle contratiempos a la United Fruit Company. La Corte Suprema de Justicia, sin respaldo constitucional alguno, invocando equivocadamente los criterios del juez norteamericano Marshall, viabilizó el rompimiento de la estructura tripartita de los poderes públicos.¹⁰

Se trataba de la demanda contra el Decreto 707 de 1927, “Por el cual se dictan los reglamentos de Policía Nacional sobre orden público, reuniones públicas y posesión de armas y municiones”. Los motivos de impugnación se pueden resumir en cuatro puntos: primero, que el presidente había extralimitado las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso y se había atribuido funciones propias del mismo órgano legislativo; segundo, que “concedió a la Policía funciones jurisdiccionales y competencias judiciales que corresponden al Poder Judicial” y, por tanto, “desconoció las formalidades de los procedimientos de juzgamiento en los juicios criminales”; tercero, que hubo una restricción a derechos y garantías sociales fundamentales; y cuarto,

⁸ El término “poderes implícitos” no hace referencia a la teoría administrativa sino a la constitucional.

⁹ La sentencia se publicó tres años después, sin nombre del ponente, *Gaceta Judicial*, No. 1832, tomo XXXVI, p. 193.

¹⁰ Los poderes implícitos los predicaba Marshall para el Congreso: “Probablemente el fallo más importante de Marshall fue *McCulloch vs. Maryland* (1819), en donde defendió una amplia interpretación de los poderes implícitos del Congreso [...] La interpretación de Marshall de la ‘cláusula necesaria y apropiada’ garantizaba que el Congreso tendría amplia discrecionalidad en la elección de medios para llevar a cabo los fines del gobierno federal”. Christopher Wolfe, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 77-78.

que había desconocido la prohibición del comercio de armas y municiones por parte de los particulares.

La Corte aclaró que no hubo una extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias por parte del presidente, ya que las leyes que le habían concedido aquellas atribuciones eran claras y concretas; a manera de ejemplo, el Decreto señalaba: “sólo se autoriza al Gobierno para hacer, en lo puramente administrativo y material del Ejército, las reformas y reorganizaciones indicadas en el programa de la Misión Técnica y Militar –y esto conlleva– los progresos de las ciencias militares, [...] modernización de los locales de instrucción militar, [...] abrir los créditos adicionales necesarios para atender los gastos que tales cosas demanden” (Ley 51 de 1925, artículo único).

En cuanto a las arbitrarias atribuciones legislativas que se alegaba se había abrogado el Gobierno, la Corte expresamente indicó que era una válida delegación del Congreso de 1915 a aquel, y además, que la atribución No. 8 del artículo 120 de la Constitución pertenecía “a aquella clase de preceptos constitucionales que no pueden tener de por sí ejecución ni efectos reales, sin otros actos ulteriores expedidos por autoridad competente que le sirvan de desarrollo y complemento”. Por esta razón, la Corte consideró que se justificaba la reorganización de la Policía, para un mejor cumplimiento de su fin general, la tranquilidad pública y conservación del orden público.

El fallo le dio respaldo a la “policía política”, esgrimiendo el anticomunismo, considerado por la Corte como un “nuevo evangelio”. Sobre el punto señaló la Corte:

... cuyas actividades [...] se han desarrollado y extendido a tal punto que han logrado encender el resentimiento de los países de la América Latina y del Extremo Oriente contra el gobierno y pueblo de los Estados Unidos [...] El gobierno de los Estados Unidos tiene el propósito de no consentir tales intervenciones [...] Estos antecedentes y otros que podrían narrarse con creces, los aduce la Corte, a riesgo de ser difusa, para demostrar las proporciones magnas que en todo el mundo presenta el problema de la propaganda comunista, de la cual no está exenta Colombia, y para cuya solución no puede invocarse en nuestro país la inviolabilidad de las

ordenanzas departamentales, ni los fueros de las autoridades de policía local, sino que, antes bien, ha llegado el momento en que el poder Legislativo y el Presidente de la República, con acción armónica, vigorosa y oportuna, den vida y aliento a la atribución constitucional de conservar el orden público en todo el territorio de la República.

Era un temor absurdo porque la era revolucionaria, no independentista, ocurrida desde 1789 hasta 1917 en el mundo, se caracterizó porque “los antiguos regímenes eran derrocados en las grandes ciudades”,¹¹ y nada de ello se presagiaba, ni remotamente, en Colombia; luego las medidas represivas apuntaban al mantenimiento del desequilibrio social. Después de dar la alarma, la Corte pasó a sostener que corresponde al presidente, en virtud de las facultades implícitas, “la determinación preexistente y general de los actos humanos que sin llegar a ser tentativas constituidas en delito entrañen tendencias peligrosas al orden público”, es decir, se le dio respaldo jurisprudencial al tratamiento penal para los disidentes.

En los salvamentos de voto varios magistrados respondieron: “Es propia de los gobiernos despóticos la arbitrariedad” (Rosales); “los señores magistrados de la mayoría no pudieron citar, ni lo podrán hacer jamás, antecedente alguno en relación con facultades implícitas del Ejecutivo en materia de punibilidad, pues el principio estricto de la legalidad en lo que concierne al establecimiento de las penas para la creación de incriminaciones, es un postulado universal que por primera vez se viene a desconocer en esta sentencia” (Parmenio Cárdenas); “ha querido el suscrito respaldar sus conceptos con el de eminentes autoridades en Derecho Público (Duguit), a fin de que no se vea en el presente salvamento otra cosa que una manifestación del profundo respeto que le merecen las doctrinas dominantes en el mundo civilizado en materia de derechos y garantías individuales, los cuales constituyen la esencia y base de las instituciones republicanas” (Luzardo Fortoul); “la fórmula [de las facultades implícitas] tiene una amplitud desconcertante, porque queda al

¹¹ Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, Grijalbo, Barcelona, 1997, p. 456.

criterio del Presidente determinar de modo general qué actos humanos entrañan tendencias peligrosas al orden público y señalar las sanciones respectivas, que pueden ser la prisión, la multa, el confinamiento, etc., pues no dice la sentencia cuáles son esas sanciones, y ya se sabe que el concepto de orden público es mudable, incierto y hasta contradictorio según las ideas, los sentimientos, los intereses y las pasiones de los que lo invocan para conservarlo o restablecerlo” (Tancredo Nannetti).

5.2.3. Estado de sitio durante casi medio siglo

Un frustrado golpe de Estado, en junio de 1944, que conllevó una fugaz retención en Pasto del presidente de la República, Alfonso López Pumarejo, marcó el principio de casi medio siglo en estado de sitio. Levantado momentáneamente en la década del 40, se decretó nuevamente en 1948 a raíz del 9 de Abril. Otra vez transitoriamente se volvió a la normalidad institucional, pero en 1949 la mayoría liberal amenazó con enjuiciar al presidente Ospina Pérez, quien decidió entonces decretar el estado de sitio y cerrar el Congreso.¹² A fines de 1949 fue elegido como presidente Laureano Gómez, se agravó la violencia, continuaba clausurado el Congreso, es decir, seguía la situación de anormalidad, la cual se mantendría hasta 1958, después de la caída de Rojas Pinilla.¹³

La institución del estado de sitio fue tomada de Francia, pero allá era típicamente militar, operante frente a un conflicto armado, en un espacio determinado y con claridad en cuanto a su carácter transitorio. Con esa estirpe llegó a la Constitución de 1886. Sin embargo, el estado de sitio se convirtió en Colombia, curiosamente después de la Segunda Guerra Mundial, en el ejercicio de poderes excesivos por parte del presidente de la República y en la respuesta permanente a los graves conflictos, y, desafortunadamente, a los justos reclamos

¹² La decisión se debió a que ese mismo año hubo elecciones para corporaciones públicas y el liberalismo había obtenido la mayoría en el Congreso.

¹³ Para los conservadores la convocatoria del Congreso era incompatible con el estado de sitio. Álvaro Copete Lizarralde cuenta que esa era la opinión de muchos tratadistas. Es más, en la frustrada Constitución que impulsara Gómez se establecía la falta de control para los decretos proferidos durante el estado de sitio. Estos hechos y propósitos hacían perder contenido al Estado de Derecho.

de sectores tradicionalmente oprimidos, lo cual contribuyó al afianzamiento de una cultura de fuerza.

Un muestreo sobre todas las sentencias proferidas en 20 años –1945 a 1964– arroja estos datos: decidió la Corte sobre 115 decretos y 93 leyes, lo cual demuestra el peso de las normas proferidas en estado de sitio, y solo fueron declarados contrarios a la Constitución el 20% de los artículos acusados.

5.2.4. El Itinerario de la jurisprudencia en la mitad del siglo XX

En 1944 se dictó el Decreto 1644, que dispuso la convocatoria de consejos de guerra verbales. Con ocasión de una demanda contra esta norma, interpuesta por un abogado santandereano muy combativo, Pedro Nel Rueda Uribe, la Corte, en Sentencia de 12 de junio de 1945, inició una etapa de generosidad, por decir lo menos, hacia las medidas de estado de sitio.

Afirmó la Corte en el fallo que el decreto que regulaba turbado el orden público no era susceptible de control constitucional, excepto cuando no hubiera sido firmado por todos los ministros o careciera del dictamen del Consejo de Estado.¹⁴ Estableció también que en tiempo de guerra el Gobierno podía imponer contribuciones, y hacer expropiaciones sin indemnización y mediante decisión de autoridades que no pertenecieran al poder judicial; señaló que la libertad de prensa y la circulación de impresos por correo se suspendían; y que se podía ejercer simultáneamente la autoridad política o civil y la judicial o militar, por ser permitido todo ello por la Carta. Por último, indicó que existían otras disposiciones de la Constitución que se podían limitar, como la del debido proceso, la de palabra, locomoción y reunión.

Estas consideraciones se repetirían en las sentencias de 9 de julio de 1948 y de 19 de abril de 1955, esta última también con ponencia del doctor

¹⁴ Sin embargo, el 3 de diciembre de 1948, ante la acusación que se hizo a los decretos 1239 de 10 de abril y 1259 de 16 del mismo mes que ratificó el decreto anterior, ambos de 1948, demandados porque no se escuchó al Consejo de Estado previamente a la declaratoria del estado de sitio al día siguiente del asesinato de Jorge Eliécer Gaitán, la Corte consideró que los decretos eran constitucionales porque a lo imposible nadie está obligado. Y el día anterior al fallo, el 2 de diciembre de 1948, con ponencia de Aníbal Cardozo Gaitán, la Corte se abstuvo de conocer otra acusación contra el citado Decreto 1239 de 1948, porque se pedía en la demanda que se restableciera el orden público.

Cardozo. En la del 19 de abril de 1955 la Corte agregó que por derecho de gentes se entendía el conjunto de principios de la civilización cristiana en su lucha secular contra la barbarie, y aclaró cuáles eran los únicos artículos del título III de la Constitución de 1886 que podían permanecer vigentes durante el estado de sitio, estos eran el 22, 23, 25, 26, 29, 30, 31, 34, 36, 37, 39, 41, 44, 49 y 53.

En Sentencia de 28 de junio de 1956, con ponencia de Manuel Barrera Parra, la Corte complementó la actitud tolerante frente al estado de sitio diciendo que no se debía estorbar la acción del Ejecutivo y, por lo tanto, en las sentencias de control debía aplicarse el principio "*in dubio pro presidente*". Estos fueron los criterios de la Sala Plena, sin salvamento de voto.

La Corte dio aún más realce al carácter represivo del estado de sitio y precisó que "[e]l régimen de las facultades extraordinarias concedidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o conmoción interna no es una excepción al Estado de Derecho", es decir, que el Estado de Derecho en ciertos casos necesita de la represión.

La Corporación, en la mencionada sentencia, también planteó la imposibilidad de control a los motivos invocados para decretar el estado de sitio. Al respecto manifestó:

No corresponde a la Corte pronunciarse sobre si realmente han existido los hechos constitutivos de la conmoción interna que hayan motivado la declaración del estado de sitio, o sobre si han cesado las circunstancias perturbadoras del orden público en tal medida que se imponga el levantamiento de aquel estado. Es posible que el Gobierno extralimite el uso de sus poderes en uno u otro caso, pero no es la Corte sino el Congreso quien puede juzgar sobre la conducta del Presidente de la República y sus Ministros.

Exigió la colaboración de la Corte con el presidente de la República así:

En el estado de sitio, determinado por la anormalidad pública que lo hace necesario, es imperativo categórico, emanado de la Constitución, que

la Corte Suprema de Justicia y el Presidente de la República colaboren armónicamente y hacia la realización de un fin altísimo y común a ambas ramas del poder público, a saber, el restablecimiento de la paz y la tranquilidad de la nación.

Aceptó la amplitud para justificar el estado de sitio de la siguiente manera:

El Constituyente del siglo pasado no previó ni pudo prever la complejidad de los trastornos políticos, sociales y económicos de nuestros días, pero el intérprete debe encontrar en sus ordenamientos los medios adecuados para salvar las difíciles emergencias a que se enfrenta el gobernante de hoy, como que la Constitución ha sido expedida “con el fin de afianzar la unidad nacional y asegurar los bienes de la justicia, la libertad y la paz”, según lo expresó sabiamente su preámbulo. Con este criterio, es dable admitir que graves perturbaciones de orden político, social y económico, que pongan en peligro la paz pública, justifican el estado de sitio y la adopción de medidas propias a tal emergencia, en la misma forma como fue autorizado este régimen excepcional para las épocas anormales de conmoción interna por el alzamiento o insurrección.

Esta sentencia, de 28 de junio de 1956, es quizás la más reaccionaria de todas las que hasta ese entonces habían desarrollado el tema del estado de sitio. Lo curioso es que tan exhaustivo análisis se hizo respecto de la acusación a un decreto de Laureano Gómez que establecía las vacaciones del poder judicial, es decir, no había una razonable exigencia para que la Corte, por unanimidad, dijera que esto hacía de parte la legislación marcial y produjera un extenso discurso jurídico a favor de facultades amplias para el presidente de la República. La Corte declaró la exequibilidad y fue la última sentencia proferida antes del decreto que creó la Sala de Negocios Constitucionales en la época de Rojas Pinilla.

Este marco jurídico del estado de sitio repercutió en la vida de tres generaciones de colombianos.

5.2.5. Oasis jurisprudencial

Hubo, no obstante, algunos instantes de cordura jurisprudencial. El 12 de septiembre de 1958, por ejemplo, la Corte fijó un tipo de control en materia sustancial de los decretos expedidos durante el estado de sitio, así:

Los decretos expedidos en virtud del 121, de orden político, económico o social, deberán tener siempre un *nexo causal* entre las leyes que se suspenden y la urgente necesidad de que tal situación obedezca al fin exclusivo del restablecimiento del orden público, pues si no lo tuvieran, extralimitaría el gobierno las facultades que dicho artículo le confiere y abusaría en forma ostensible del poder.

Es explicable esta postura porque el país venía de diez años en los cuales todo fue legislado mediante las facultades extraordinarias del estado de sitio.

Días antes de la anterior sentencia, el 5 de agosto de 1958, con ponencia de Hernández Arbeláez, se habían sentado las bases de este pronunciamiento así: “Cuando por decreto se legisla sobre cosas que por su naturaleza exigen reglas de carácter permanente y no soluciones circunstanciales y transitorias, empieza a descubrirse con bastante claridad la incongruencia de la medida legislativa con el restablecimiento del orden público...”

El mismo magistrado José Hernández Arbeláez, el 24 de julio de 1961,¹⁵ durante una época relativamente progresista, pero corta, en la jurisprudencia constitucional, sostuvo que durante el estado de sitio operaba el principio de favorabilidad en los procesos penales, que debía respetarse el derecho del acusado a ser oído y vencido en juicio conforme a la ley preexistente al acto que se imputara y por juez competente, que las garantías individuales incluían el respeto a las normas sustantivas y procedimentales (salvo las de ritualidad o sustanciación); y que con fundamento en las facultades del estado de sitio el Gobierno estaba incapacitado para expedir códigos. Esta perentoria precisión años después no fue tenida en cuenta:

¹⁵ Salvaron el voto Ramiro Araújo, José J. Gómez, Luis F. Paredes, Arturo C. Posada, José J. Rodríguez, Julio Roncallo Acosta, Angel Martín Vásquez y Luis Carlos Zambrano.

Casos verdaderamente extremos pueden imponer que a la autoridad política se acumule la autoridad militar, y que a ambas así reunidas se sume la autoridad jurisdiccional conforme al artículo 61 para salvar en trances singulares el bien inestimable de la paz. Pero esto a la luz del día no significa que con la sola declaración del estado de sitio en toda la República o parte de ella se encuentre de plano razón plausible para que en una misma persona o corporación se reúnan la autoridad política o civil y la judicial o la militar. Porque si a pesar de la turbación del orden público pueden funcionar y funcionan efectivamente las autoridades jurisdiccionales, ningún motivo circunstancial o de simple conveniencia justifica ante la Constitución Nacional que la autoridad política tome para sí la administración de justicia en cualquiera de sus grados o jerarquías. Es claro absoluto que no por el quebrantamiento de la estructura jurídica primaria de la nación ha de lograrse el fin de mantener o restaurar su imperio, constitutivo precisamente del orden público; el cual puede perturbarse por los gobernados y con gravedad mayor por los propios gobernantes.

5.2.6. Jurisprudencia y Guerra Fría

Nuevamente volvió la Corte a su posición inicial, y es así como el 11 de abril de 1967, con ponencia de Gustavo Fajardo Pinzón y salvamentos de voto de Flavio Cabrera, Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez y Eduardo Fernández Botero, se le dio vía libre a medidas como expulsión de extranjeros, decomiso de elementos de imprenta y publicaciones sediciosas, invalidez de los pasaportes para viajar a la República de Cuba,¹⁶ posibilidad de arraigo en indeterminadas regiones del país para las personas contra quienes existían graves indicios de que atentaran contra la paz pública, y vigilancia a los sindicatos de subversión.

En este fallo, la Corte parte de la base de que el “derecho de gentes” es un trasunto del derecho natural “resonante en la conciencia de los hombres y

¹⁶ Para esa época la isla del Caribe había sido expulsada de la OEA, el fantasma del Che Guevara rondaba por toda Latinoamérica y cualquier manifestación de inconformismo se calificaba de comunismo.

cuya entidad acata nuestra legislación positiva, cuando en el artículo 4.º de la Ley 153 de 1887 se enseña que ‘los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos’, y en aquellos preceptos del derecho civil que consagran la moral como predicamentos de validez en los actos jurídicos”; de ahí coligió que las medidas represivas contempladas en el decreto que se examinaba “no son sino una aplicación de las facultades que dentro del estado de emergencia cometen, aun por derecho de gentes, al gobernante supremo”.

La reacción de quienes salvaron el voto fue premonitoria:

No ignoramos la inutilidad inmediata de este salvamento, pero abrigamos la esperanza de que, cuando a golpes de una dolorosa experiencia, la doctrina, en lugar de ampliar el significado, ya por sí solo tremendo, de las atribuciones ejecutivas durante la vigencia del estado de sitio, las ciña a su restrictivo alcance, estas consideraciones disidentes sean un modesto aporte para la defensa del Estado de Derecho, vale decir del que, en sus instituciones fundamentales y en la interpretación correcta de ellas, se autolimita para evitar la arbitrariedad y defender aquellos supuestos básicos que, con la libertad y la dignidad humana, si respetados escrupulosamente, caracterizan una democracia genuina, o si inmolados a intereses del momento –por más importantes que sean– le restan autenticidad, fomentan la inseguridad ciudadana, crean la desconfianza popular en el sistema jurídico de una nación, y engendran, a la larga, mayores males que los que trata de remediar una norma conculcatoria de esos principios [...] en el increíble supuesto de que el estado de sitio autorice al gobierno para imponer esa pena sin juicio previo [se refiere al salvamento al destierro interior o ‘confinación’ establecido en el artículo 7.º del decreto que se examina] sin intervención del tribunal jurisdiccional competente y sin formalidades ni defensa [...] No atender a esta juiciosa deducción nos hace estremecer de justo temor.

Nuevamente la Corporación avaló el abuso que el Ejecutivo hacía de las facultades extraordinarias de la legalidad marcial, contra lo cual se rebeló Fernando Hinestrosa Forero, en un salvamento de voto a la sentencia proferida

el 29 de febrero de 1968, cuyo ponente fue otro experto en derecho laboral, Adán Arriaga Andrade. Señalaba Fernando Hinestrosa Forero:

En tiempos recientes han aumentado en frecuencia y duración las declaraciones de turbación del orden público y el estado de sitio todo el país. Y con este proceso ha corrido pareja la orientación de la jurisprudencia constitucional de la Corte a favor de la mayor amplitud de los poderes presidenciales y de la órbita de ejercicio de los mismos, teniendo que aceptar como exequibles no solo los decretos con conexidad aparente con el orden público, sino todos aquellos que no muestren una total inconducencia al restablecimiento de la normalidad, incluyendo aun las causas remotas de la conmoción, dentro de la idea de que para ello el gobierno, a más de sus propias posibilidades ordinarias, posee las que la Constitución concede al Congreso, y fuera de todo ello, las derivadas de los poderes implícitos que otorga el Derecho de Gentes.

Debido a que el artículo 121 de la anterior Constitución fue el de mayor aplicación durante casi cincuenta años, los temas referentes a él opacaron en parte otros decididos por la Corte Suprema. Se debe agregar que dentro de la cascada de criterios relacionados con el estado de sitio merecen destacarse estos puntos incidentales: se consideró válido que el gobierno derogara sus propios decretos legislativos sin necesidad de levantar el estado de sitio; se aceptaron los motivos sobrevivientes a la declaratoria de la legalidad marcial como justificación para continuar con el estado de sitio (20 de octubre de 1977); y aunque se estableció que los decretos legislativos deberían armonizar con la finalidad del restablecimiento del orden público, la verdad es que generalmente se declaraban constitucionales normas extrañas, tan es así que con normativa del estado de sitio se dieron pasos para que se realizara la Constitución de 1991.

5.3. Derechos de libertad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Al contrario de la Corte Suprema, la Corte Constitucional establece criterios de protección que en materia de control constitucional consolidan una línea jurisprudencial garantista en el campo de los derechos de libertad.

De todas maneras, la línea jurisprudencial garantista que se pretende establecer en el itinerario jurisprudencial del control constitucional en el tema de libertad, va a sufrir oscilaciones y modificaciones según los criterios sociales, políticos, económicos o culturales característicos de determinadas épocas, que influyen en las decisiones jurisprudenciales a la hora de interpretar y definir las reglas jurídicas a aplicar por la fuerza vinculante de estas sentencias.¹⁷

Una amplia gama de sentencias ha expedido la Corte Constitucional a propósito de los derechos de libertad y por medio de las cuales se expresa el concepto de libertad como derecho fundamental reconocido por la carta política, especialmente a partir de 1991. Antes de esa época, los derechos de libertad se reconocían como garantías limitadas y eran tratados como parte de los procedimientos que garantizaban la legalidad o el debido proceso, y por tanto, la seguridad jurídica. Es decir, las garantías eran cuestión de procedimiento y, en ese sentido, cuestión de formulismo jurídico y sometimiento al Legislador y, por ende, a la ley, no a los derechos.¹⁸

La anterior situación cambiará radicalmente con la Constitución de 1991 y con la jurisprudencia, en la mayoría de las ocasiones liberal, de la Corte Constitucional. Varios son las proyecciones de la libertad.

Por supuesto que la libertad no puede desligarse de los juicios de proporcionalidad. Por ejemplo, en la Sentencia C-087 de 2000¹⁹ la Corte indicó, acudiendo al juicio de proporcionalidad,²⁰ que a pesar de que podía sostenerse que la medida contenida en el artículo 205 del Decreto 1355 de 1970²¹ era adecuada para el fin perseguido –proteger a terceros de la presencia de personas

¹⁷ “Por línea jurisprudencial se entiende el conjunto de fallos de un tribunal judicial que sienta un precedente sobre determinada materia, es la continuidad de una posición asumida dentro del tribunal para abordar un tema en específico”. Plataforma Colombiana Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, *Alrededor del tema “Constitucionalismo, Estado Social de Derecho y realización integral de los derechos humanos”*. En: www.colombiana.org/docus_foro/constitucionalismo.doc

¹⁸ Este criterio y las características de la línea pueden apreciarse en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de noviembre de 1971, *Gaceta Judicial*, tomo CXXXIX. La sentencia se refiere a la no privación de la libertad como una garantía y no como un derecho.

¹⁹ M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

²⁰ Ver la Sentencia C-309 de 1997.

²¹ Artículo 205. Compete a los comandantes de estación y de subestación prohibir la concurrencia a determinados sitios públicos o abiertos al público: “1. Al que por más de dos veces haya

que en oportunidades anteriores han sido causantes de hechos perturbadores del orden público–, la norma policiva no era proporcionada en estricto sentido, ya que sacrificaba valores y principios de mayor peso que el que se pretendía proteger, dada la generalidad y vaguedad de la norma, su indeterminación en el tiempo y el desconocimiento de la Constitución que establece que solo las condenas proferidas en sentencia judicial tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales, en todos los órdenes legales (artículo 248 de la Constitución).

5.3.1. Libre desarrollo de la personalidad

La Corte Constitucional ha reconocido, en sus sentencias, especialmente de tutela, que, conforme al pluralismo, es necesario garantizar el plan de vida que cada quien decide, en ejercicio de su libertad. En ello consiste el libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, la Corte ha reconocido que el artículo 16 superior contiene una cláusula general de libertad, que supone que el titular tenga la capacidad volitiva para hacer juicios de valor que le permitan establecer las opciones vitales autónomas y dirimir la senda de su existencia.²² El alcance que la Corte le ha dado en el sentido anotado a este derecho se puede apreciar en las sentencias C-221, de 1994, C-239 de 1997, C-371 de 1994, C-598 de 1992, C-176 de 1993, C-339 de 1996, C-309 de 1997, C-182 de 1997 y C-562 de 1995, entre otras muchas, y continúa el progreso de la línea jurisprudencial en desarrollo de ese fin.

Esta faceta del derecho a la libertad aparece en sentencias de tutela y de constitucionalidad. En tutela es digna de mención la Sentencia T-182 de 1996, porque se refiere al desarrollo de la personalidad del niño. Según este fallo, el menor tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el goce efectivo de este derecho. Es deber primordial de los padres garantizar al hijo su desarrollo armónico y el goce efectivo de sus derechos. Sin embargo, cualquier limitación que impongan los padres al

dado lugar a graves hechos perturbadores del orden público en esos sitios. // 2. Al que por su edad o estado de salud física o mental le sea perjudicial, según dictamen médico, asistir a tales sitios".

²² Sentencia SU-642 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

derecho del niño al desarrollo de su personalidad debe estar acorde y tener en cuenta la prevalencia de los derechos del niño. Las limitaciones en este aspecto sólo deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor. Por su parte, como a la sociedad y al Estado también les corresponde la protección de los derechos de los niños, las limitaciones que impongan deben siempre encaminarse a garantizarle el goce pleno de sus derechos.

Dentro de este ámbito se ubica la Sentencia C-098 de 1996²³ sobre igualdad sexual y libre desarrollo de la personalidad. Aunque en esta sentencia la Corte se negó a reconocer efectos patrimoniales a las uniones conformadas por personas del mismo sexo, a partir de un estudio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, señaló que estas personas no pueden ser juzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. Según la Corte, la ley no ha pretendido sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, ni reprobar a los que se desvían del modelo tradicional.²⁴

También se refiere al libre desarrollo de la personalidad la Sentencia C-1045 de 2000,²⁵ en cuanto reconoce que el individuo es un ser autónomo, capaz de dirigirse y orientarse a sí mismo, es decir, facultado para elegir, dentro de un universo amplio, aquello que represente la mejor opción de realización personal. De ahí que la libertad de contratar o de no hacerlo y la libertad para determinar el contenido y las reglas de dicho convenio, se considera una proyección del libre desarrollo de la personalidad de los contratantes y un presupuesto esencial para la operatividad de una economía de mercado. No obstante, aun-

²³ M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1.º y el literal a) del artículo 2.º de la Ley 54 de 1990, “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”.

²⁴ Pese a ser posterior al periodo bajo estudio, vale la pena resaltar la Sentencia C-075 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, en la que la Corte abordó de nuevo el problema de los efectos patrimoniales de las uniones homosexuales y, a partir de un estudio del derecho a la igualdad y del libre desarrollo de la personalidad, cambió su jurisprudencia y declaró exequible la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

²⁵ M.P.: Álvaro Tafur Galvis. En esta ocasión la Corte se ocupó de una demanda contra el numeral 22 del artículo 1.º del Decreto Extraordinario 2282 de 1989, sobre sucesión procesal.

que la libertad económica, tanto por su relación íntima con el derecho al libre desarrollo de su personalidad como por su necesaria protección por ser elemento fundamental del sistema económico propio del Estado Social de Derecho, ha sido considerada por esta corporación como un derecho fundamental, también se ha dicho que su reconocimiento se supedita a la realización de valores superiores como la justicia, la igualdad, la solidaridad y en general la realización del bien común. En el mismo sentido, en la Sentencia C-355 de 2003²⁶ la Corte resaltó que las limitantes al derecho al libre desarrollo de la personalidad solo son admisibles cuando su finalidad es ajustar el comportamiento individual a las necesidades colectivas. Así entonces, es posible deducir de la jurisprudencia que no cualquier restricción del derecho al libre desarrollo de la personalidad es permisible y que únicamente lo son aquellas limitantes que sean legítimas, idóneas, necesarias y proporcionales a la necesidad de conservar la integridad de los intereses públicos.

5.3.2. Libertad de conciencia

Conforme al artículo 18 de la Constitución Política nadie puede ser molestado por razón de sus convicciones o creencias, ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia, lo cual se puede explicar de la siguiente manera.

El derecho a la libertad de conciencia es el que tiene toda persona para actuar en consideración a sus propios parámetros sin que puedan imponérsele actuaciones que estén en contra de sus convicciones. Esto implica no ser obligado a actuar contra el propio creer o sentir (Sentencia T-332 de 2004). Se ejerce siempre de manera individual, regla subjetiva de moralidad, y tiene que ver con lo que se considera correcto o incorrecto. Implica la libertad del individuo de autodeterminarse y de no ser compelido a obrar contrariamente a su autodeterminación (Sentencia C-616 de 1997).

De otro lado, el derecho a la libertad ideológica y religiosa, en los términos de los artículos 18 y 19 de la Constitución Política, constituye el

²⁶ M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

desarrollo de un principio que acompaña a la condición humana, el derecho a mantener un ámbito de protección a la memoria de la humanidad. Esta memoria comprende la religión en cuanto está ligada a las fuentes supremas de la vida, como son los rituales con fuerzas más allá de la razón, la fe, las creencias sobre el respeto a la vida y el respeto por lo sagrado. La religión confiere al ser humano dignidad. Estas razones dan origen a la objeción de conciencia, como el acto de negarse a realizar acciones en contra de las propias creencias.

En la Sentencia C-616 de 1997 la Corte Constitucional, a propósito de la libertad de conciencia, expresó que esta implica la libertad del individuo de autodeterminarse y de no ser compelido a obrar contrariamente a su determinación, considerando que “[p]or conciencia usualmente se entiende el propio e íntimo discernimiento sobre lo que está bien y lo que está mal. Este concepto conviene a lo que jurídicamente se entiende por el derecho a la conciencia moral...”

Dentro de este orden está la Sentencia C-740 de 2001, que desarrolla lo referente a la objeción de conciencia entendida como la resistencia a obedecer un imperativo jurídico invocando la existencia de un dictamen de conciencia que impide sujetarse al comportamiento prescrito.

La Sentencia C-740 de 2001 expresa que los asuntos de conciencia se fundan en la existencia de unos dictados internos de la persona que le obligan a sujetar sus comportamientos solamente a aquello que guarda relación con tales dictados. La libertad de conciencia (por ende, la objeción de la misma) no es absoluta en cuanto tiene claros límites relacionados con el interés general (Sentencia T-363 de 1995), entre los cuales se encuentran la preservación del orden público y los derechos de los demás a disfrutar de las libertades públicas y de los derechos fundamentales (Sentencia C-133 de 1994).²⁷

²⁷ La Sentencia T-547 de 1993, citada en la Sentencia C-511 de 1994, se refiere al núcleo conceptual del derecho de objeción de conciencia e indica que la esfera interna del individuo trasciende al accionar del individuo en comunidad, sobre la base del actuar en coherencia con sus creencias. Al respecto expresa: “la *ratio iuris* de la libertad de conciencia es la inmunidad de toda fuerza externa que obligue a actuar contra sus propias convicciones y que impida la realización de aquellas acciones que la conciencia ordena sin estorbo o impedimento”.

La Sentencia C-088 de 1994, en la *ratio decidendi*, a propósito de la libertad religiosa, manifiesta:

Los límites al ejercicio de la libertad religiosa están en tres postulados:

1) La presunción debe estar siempre a favor de la libertad en su grado máximo, 2) Esta solo puede restringirse en la medida en la que, racional y objetivamente, “la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática”, 3) Las posibles restricciones deben ser establecidas por la ley, no arbitrarias ni discrecionales, como corresponde a un verdadero Estado de Derecho.

La libertad religiosa y de cultos de que trata el artículo 19 de la Carta Política, y que se examina en su desarrollo estatutario, no es en verdad una libertad cuya materia sea equiparable de modo directo con el contenido de las libertades de opinión o de expresión, o con las libertades de conciencia, de convicciones, de creencias o de reunión, de manifestación, asociación, información, intimidad personal o familiar o de trabajo, o simplemente de culto, dentro de las cuales, y en su desarrollo natural y obvio, bien pueden ejercerse el satanismo, el espiritismo, el estudio y la experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos, las prácticas mágicas o supersticiosas y demás análogas ajenas a la religión. La lista establecida por el artículo quinto del proyecto de ley no significa una definición de la libertad religiosa, sino solamente una enumeración de las actividades que no quedan comprendidas por el ámbito de la ley estatutaria; desde luego, se reitera, ellas quedan comprendidas bajo la normatividad ordinaria o especial, pero no por la de la libertad religiosa y de cultos.

También sobre libertad religiosa trata la Sentencia C-1175 de 2004. Dice:

Basta con que se configure un trato privilegiado injustificado a favor de una religión determinada, como es el caso, para que se constituya una situación desigual. Cuando se explicó el origen de la consagración de la igualdad religiosa, se presentó este como la pretensión de configurar “...

una igualdad de derecho, o igualdad por nivelación o equiparación, con el fin de preservar el pluralismo y proteger a las minorías religiosas”. Esto significa que queda constitucionalmente excluido todo tipo de trato que represente beneficio o perjuicio a una particular confesión religiosa. Así, considera entonces la Corte que aceptar que no se vulnera el principio de igualdad religiosa, porque pese a establecerse un trato privilegiado a una determinada confesión religiosa, no se impide el goce pleno que las otras confesiones puedan hacer de su derecho, no es compatible con los criterios que informan el establecimiento en la Constitución de 1991 de la igualdad religiosa y en particular, dista dicha interpretación, de la igualdad religiosa entendida como equiparación de derecho para lograr protección del principio de Estado pluralista y de las minorías (C.P. artículos 1.º y 18).

Agrega la Sentencia C-1175 de 2004:

La Constitución de 1991 ha establecido una plena igualdad entre todas las religiones, definiendo al Estado colombiano como un Estado laico y no confesional. Encontrando a los Estados laicos con plena libertad religiosa, en los cuales existe una estricta separación entre el Estado y las iglesias, de suerte que, por la propia definición constitucional, no solo no puede existir ninguna religión oficial sino que, además, el Estado no tiene doctrina oficial en materia religiosa y existe de pleno derecho una igualdad entre todas las confesiones religiosas.

5.3.3. La libertad de expresión

La línea jurisprudencial en ese sentido de libertad negativa como derecho fundamental va cobrando fuerza en la interpretación constitucional, y se ha ido extendiendo a otros derechos, por ejemplo en la Sentencia C-1145 de 2004.

En la Sentencia T-787 de 2004, sobre libertad de expresión, la Corte Constitucional expresa:

La libertad de expresión no es un derecho absoluto, “pues la misma Carta contempla numerosas restricciones y límites que se derivan de la preva-

lencia del orden jurídico y del necesario respeto que merecen los derechos de los demás”. Así pues, no puede entenderse que quien hace uso de dicha libertad está autorizado para atropellar los derechos de los otros miembros de la comunidad, sacrificando principalmente, entre otros, los derechos a la intimidad, al buen nombre y a la honra. No es lícito refugiarse en el derecho a la libertad de expresión, con el fin de revelar detalles de la vida íntima de una persona. De igual manera, no se pueden realizar insinuaciones sobre una persona ajenas a la realidad, con el único propósito de fomentar el escándalo público. *Aplicación a la libertad de expresión*: El principio de libertad aplicado a la libertad de expresión, conduce a sostener que si bien una persona puede opinar abiertamente sobre el comportamiento externo de otra, por cuanto al revelar públicamente su conducta permite que los demás juzguen sus actos; en tratándose de actos íntimos o privados no ocurre lo mismo, básicamente porque se trata de información sujeta a la libre disposición del individuo.

5.3.4. Libertad de locomoción

Las tensiones entre la libertad de locomoción y otros derechos son examinadas en la Sentencia C-018 de 2004. Según este fallo, si bien prima esta libertad, también se le imponen limitaciones por perturbar la locomoción de otros peatones y por razones de orden público, es decir, hay un movimiento de la línea hacia la libertad positiva. Dice la Corte:

La Constitución señala (art. 24 C.P.) que “todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”. Este derecho fundamental, junto con el mandato constitucional según el cual “corresponde al Congreso hacer las leyes” mediante las cuales deberá cumplir, entre otras, la función de “unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República” (art. 150, num. 25, C.P.), constituyen el fundamento constitucional del Código Nacional de Tránsito Terrestre. Esta competencia expresa y exclusiva que le confirió la Constitución al Legislador para regular este tema, fue reiterada por el

Congreso mismo en el artículo 6.º del CNTT. La norma fue demandada ante esta Corporación, que la declaró exequible sobre la siguiente base: “[...] es al Congreso de la República a quien corresponde la regulación de los derechos y libertades como titular, por regla general, del poder de policía y que en este caso, además, la Constitución le atribuyó la competencia para unificar las normas sobre policía de tránsito en todo el territorio de la República”. El Legislador puede legítimamente imponer limitaciones a la libertad de locomoción, siempre y cuando estas sean razonables. La libertad de locomoción puede ser limitada en tanto la restricción impuesta sea razonable.

5.3.5. Libertad y seguridad jurídica

Existe una línea jurisprudencial garantista en materia de seguridad jurídica, en particular respecto a la no privación de la libertad por hechos que afectan los bienes y derechos jurídicamente tutelados por el derecho penal. Se ha evolucionado históricamente de una libertad basada en la seguridad colectiva, que sometía las libertades individuales a una visión unitaria de nación con una sola religión, un solo idioma, que desconocía la diversidad, que en materia de derechos tenía una visión anclada en un positivismo jurídico asumido como defensa social bajo la figura del peligrosismo social, que desvinculaba el derecho penal de todo asomo de libertad en términos de autonomía y de responsabilidad por los actos individuales –de tal forma que la sospecha de peligrosismo era base para limitar la libertad–; a una protección amplia de la libertad hasta llegar a tratar la privación de la libertad como una excepcionalidad extrema, por ejemplo, en el proceso acusatorio recientemente aprobado en Colombia.

Un ejemplo de lo dicho anteriormente es la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de junio de 1981, que al referirse al derecho a la libertad, lo fundamentaba en la “función teleológica” de la paz, resultado a su vez de la justicia entendida como dar a cada uno lo suyo. Según este fallo, la libertad establece el límite entre lo prohibido y lo permitido. Además, si el Estado para poder castigar estuviera obligado a probarle al delincuente su culpabilidad con arreglo al libre albedrío, no habría seguridad alguna para los ciudadanos, todo lo cual iría en contra de la Carta que impone a la autoridad el deber de proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes.

Posteriormente, en 1986, la Corte Suprema aseguró que el derecho penal de acto era aplicable a los casos que se ventilaban por la normatividad penal, más allá del casualismo. Así se inició una nueva etapa del derecho penal y, por tanto, del tema de la libertad como derecho fundamental y como columna vertebral de los ordenamientos jurídicos colombianos.

Y la Corte Constitucional respalda la seguridad jurídica, el debido proceso, incluso, para aspectos referentes a faltas disciplinarias (Sentencia C-692 de 2008, sobre el Código Disciplinario del Abogado, M.P.: Manuel José Cepeda). Para declarar la exequibilidad, son argumentos que integran la *ratio decidendi* los siguientes:

El carácter imperativo del principio de legalidad en materia disciplinaria deviene de la aplicación de varias disposiciones constitucionales: los artículos 6.º y 29, establecen que los servidores públicos no pueden ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes, y que solo son responsables por infringir la Constitución y la ley, según los artículos 122 y 123, los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento. Y finalmente, el artículo 124 que le asigna al Legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado.²⁸ En virtud de dicho principio, las autoridades administrativas solo pueden imponer sanciones en aplicación de normas preexistentes, que consagran claramente²⁹ las conductas que constituyen falta disciplinaria, y las sanciones que se derivan como consecuencia.³⁰ Contrario sensu, en la imposición de sanciones, la autoridad respectiva no puede aplicar normas en forma retroactiva, salvo la garantía del principio de favorabilidad, de

²⁸ Sentencia C-818 de 2005.

²⁹ Sentencias C-099 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-406 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; C-853 de 2005, M.P.: Jaime Córdoba Triviño; C-507 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; T-917 de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; T-1039 de 2006, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

³⁰ Ver, entre otras, las sentencias C-124 de 2003; C-383 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-818 de 2005; C-592 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

conformidad con el cual la ley permisiva o favorable, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable.³¹ Aunque el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación de estos principios en materia penal, ello no impide que el Legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario.³²

Y, dicha sentencia, al referirse a la libertad configurativa del Legislador, indica:

En virtud de las competencias establecidas en el artículo 150, numeral 2 de la Constitución, el Legislador cuenta con un amplio margen para configurar procedimientos judiciales y administrativos, como los que tienden a la investigación de faltas disciplinarias y a la imposición de sanciones³³ y por ello, para determinar el procedimiento a través del cual deben ser investigadas y juzgadas las faltas disciplinarias de los abogados. De ahí que cuente con la libertad para establecer mecanismos de aplicación de la ley procesal en el tiempo, de forma que puede prever su aplicación inmediata –como se establece en los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887– o a través de regímenes de transición. Esta autonomía de la que goza el Legislador debe ser ejercida sin desconocer los principios y valores constitucionales, la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos,³⁴ y los principios de razonabilidad,³⁵ proporcionalidad³⁶ y prevalencia del derecho sustancial sobre lo adjetivo (art. 228 Constitución).³⁷ La potestad del Legislador en

³¹ Sentencias T-438 de 1994, M.P.: Carlos Gaviria Díaz; T-233 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; T-625 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo; T-1102 de 2005; T-1034 de 2006.

³² Sentencia C-328 de 2003.

³³ Sentencias C-555 de 2001; C-428 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³⁴ Sentencia C-728 de 2000 M.P.: Clara Inés Vargas.

³⁵ Sentencias C-886 de 2004 M.P.: Manuel José Cepeda, y C-555 de 2001.

³⁶ Sentencia C-1104 de 2001; M.P.: Clara Inés Vargas.

³⁷ Al respecto: Sentencias C-927 de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-555 de 2001; C-640 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-642 de 2002, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-736 de 2002, M.P.: Jaime Araujo Rentería; C-740 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; C-788 de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-561 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda

la adopción de mecanismos que regulan la entrada en vigencia de normas procesales, encuentra límites en el respeto del derecho fundamental al debido proceso, de derechos adquiridos conforme a disposiciones legales vigentes (art. 58 de la Constitución), así como en el principio de favorabilidad (art. 29 de la Constitución).³⁸

5.3.6. Libertad y principio de legalidad

La libertad y la seguridad individuales son reconocidas como derecho fundamental en la Sentencia C-127 de 1993.³⁹ A su vez, en la Sentencia C-133 de 1999,⁴⁰ frente a la prohibición de ambigüedad de las normas penales, la Corte Constitucional indicó que el debido proceso comprende los principios de legalidad, juez natural, sometimiento a las formas propias de cada juicio: publicidad del proceso, celeridad en el procesamiento, controversia probatoria, derecho de impugnación, doble instancia y *non bis idem*.

En las sentencias C-434 de 1996,⁴¹ C-559 de 1999 y C-883 de 1999,⁴² a propósito del artículo 29 de la Constitución Política, se analizó el principio de legalidad en materia penal y frente a las limitaciones a la libertad, que son las que específicamente se afectan con el procesamiento y tipificación de conductas de carácter ilícito.

En la Sentencia C-843 de 1999, la Corte expresó que el principio de legalidad es una de las principales conquistas de la humanidad, que salvaguarda la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que les permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables; con ese principio se protege la libertad individual, se controla la arbitrariedad judicial y se asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Estas ideas también pueden apreciarse en las sentencias C-127 de 1993, C-344 de 1996 y C-559 de 1999.

Espinosa; C-340 de 2006; T-738 de 2006, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-1104 de 2001; C-973 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis; C-886 de 2004; C-1264 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

³⁸ Sentencia C-619 de 2001.

³⁹ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁰ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁴¹ M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁴² M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

En la Sentencia C-559 de 1999, la Corte Constitucional avanzó del principio de legalidad general al principio de legalidad específico o estricto, principio de taxatividad o tipicidad. Según este principio, los delitos y las penas deben ser definidos taxativa e inequívocamente por la ley; ello permite al juez verificar la tipicidad de las conductas.

En la Sentencia C-133 de 1999⁴³ la Corte indicó que un hecho no puede considerarse delito ni ser objeto de sanción sin sometimiento al debido proceso. Respecto al principio de libertad, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-301 de 1993, que desconoce el derecho de habeas corpus como derecho fundamental y lo somete al imperio de la ley (artículo 30 de la Constitución Política). En cuanto hace a la defensa técnica, están las sentencias SU-044 de 1995, C-071 de 1995 y C-037 de 1996.

Respecto a la ya mencionada libertad configurativa del Legislador, ligada al debido proceso, es importante reseñar cuál ha sido la jurisprudencia última de la Corte Constitucional sobre política criminal. En la Sentencia C-1086 de 2008 se dice, expresamente, que el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para el diseño de la política criminal y el derecho penal, dentro del cual puede optar por diversas alternativas de regulación, que incluyen la potestad de crear el procedimiento a seguir para la investigación y juzgamiento de los delitos y sus correspondientes sanciones.⁴⁴ Tal potestad legislativa encuentra sus límites en la Constitución Política⁴⁵ y en el bloque de constitucionalidad. Y, al referirse al procesado, dice:

La garantía de la libertad convoca una vigilancia efectiva por parte del juez encargado de controlar la ejecución de las sentencias, en tanto que la acumulación jurídica de penas entraña un derecho sustancial con un significativo impacto sobre la libertad, que no puede quedar librado a la discrecionalidad, a

⁴³ M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁴ Entre otras, se pueden consultar al respecto las sentencias C-013 de 1997, C-647 de 2001, C-551 de 2001, C- 226 de 2002, C-420 de 2002, C-393 de 2002, C- 148 de 2005, C-822 de 2005 y C-291 de 2007.

⁴⁵ Sentencia C-248 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

la oportunidad o al grado de celeridad con que actúe el funcionario encargado de velar por la ejecución de las sentencias.

5.3.7. Libertad de información

El derecho a la información, con sus características de universalidad e inviolabilidad, es asumido por la Corte como derecho fundamental, con todas las prerrogativas que ello trae consigo (Sentencias C-488 de 1993, C-711 de 1996 y C-1172 de 2001). Su faceta de prohibición de censura previa es analizada en las Sentencias C-483 de 1993 y C-010 de 2000.

En esta última sentencia la Corte Constitucional también se refiere a la libertad de expresión como protección no solo de la divulgación de informaciones u opiniones consideradas inofensivas o indiferentes por el Estado y por la mayoría de la población, sino también de las opiniones diferentes.⁴⁶

Las sentencias C-497 de 1995 y C-350 de 1997 tratan el tema de la televisión como bien social al servicio de las libertades públicas. La opinión pública no es ajena a las ideas e intereses que se movilizan por medio de la televisión, por ello se debe garantizar la pluralidad y la diversidad.

5.3.8. Libertad de enseñanza

La Sentencia C-1145 de 2004 se refiere a ella de la siguiente manera:

El Estado garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. La Corte ha precisado que i) en el artículo 27 superior se consagran los diferentes aspectos comprendidos en el concepto general de la libertad de enseñanza; ii) las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra son garantizadas por el Estado como derechos fundamentales; iii) dichas libertades encuentran igualmente fundamento en el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual en su artículo 13 reconoce el derecho de toda persona a la educación, orientada tanto hacia el pleno

⁴⁶ Ver Rodrigo Uprimny Adriana Fuentes *et al.*, *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional de Colombia (1992-2005)*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2006.

desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, como a fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales; iv) son titulares de estas libertades la comunidad en general, y en particular las instituciones de enseñanza, los docentes e investigadores y los estudiantes; v) dichas libertades son exigibles del Estado, que en la norma se compromete a garantizarlas, y también de los centros docentes, sean estos públicos o privados; vi) la libertad de enseñanza es manifestación directa de la facultad particular de fundar establecimientos educativos (C.P. art. 68) y de la autonomía universitaria (C.P. art. 69); vii) dicha libertad no es absoluta, pues sus límites están dados por la Constitución y la ley, sin que en su ejercicio puedan desatenderse los fines de la educación.

Así, la Corte ha explicado que la educación adquiere en la Constitución una doble connotación jurídica. El artículo 67 de la Constitución define en efecto la educación como un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social: el acceso al conocimiento, a la técnica, a la ciencia y a los demás bienes y valores de la cultura.

En esa dimensión, igualmente, la educación está sujeta a la inspección y vigilancia del Estado, “con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo” (art. 67 inc. 5 C.P.). Dentro de este marco se encuentra también el mandato de que la enseñanza esté “a cargo de personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica”, así como la competencia legislativa de garantizar “la profesionalización y dignificación de la actividad docente” (art. 68 inc. 3 C.P.).

5.3.9. Libertad de parto

De manera excepcional se menciona la Sentencia C-355 de 2006, por la particular importancia que tiene:

Desde la Constitución Política de 1991 se le asignan dos concepciones diferentes a la vida, una es entendida como el derecho fundamental inviolable por excelencia y la otra es entendida como el bien jurídico que debe proteger el

Estado. En la sentencia en mención la Corte debía decidir si el nasciturus es protegido por gozar del derecho a la vida o si se protege como parte de la protección de la vida de otro ser humano. Al respecto la Corte encontró que aunque en los tratados internacionales de los cuales Colombia hace parte y que, por tanto, son parte del bloque de Constitucionalidad, no se aclara si al nasciturus se le puede considerar un ser vivo, sí señalan que la protección del mismo es un deber del Estado. En consecuencia, no se puede dejar a la discrecionalidad de la mujer embarazada decidir sobre aquel, amparada en el derecho al libre desarrollo de la personalidad; ello sale de la esfera privada e involucra la vida de un tercero. Sin embargo, las medidas adoptadas por el Estado para proteger al nasciturus, dentro de las cuales se encuentra la penalización del aborto en ciertos casos, pueden atentar contra los derechos de la mujer y la vida propia del nasciturus, lo que conllevó a la Corte a determinar las hipótesis en las cuales la penalización del aborto constituye esa violación a los derechos de la mujer.

A la mujer a través del tiempo le han sido reconocidos muchos derechos que antes no poseía y dentro de los cuales se encuentra la autonomía reproductiva y el derecho a la salud, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la no discriminación, por lo tanto y muy a pesar del deber que tiene el Estado para proteger al nasciturus, la mujer es titular de derechos fundamentales que el Estado también debe proteger y que la Corte reconoce que en circunstancias especiales prevalecen.

5.3.10. Libertad económica, límites

También vale la pena recordar un tema que ya ha sido expuesto al hablar de los DESC, el referente a la libertad económica.

En la Sentencia C-524 de 1995 la Corte estableció:

Por libertad de empresa hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con

vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial –la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer– y el instrumental –a través de una organización económica típica–, con abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral.

La Constitución parte de que la libertad económica es base del desarrollo económico y social y garantía de una sociedad democrática y pluralista, es por ello que en su artículo 333 expresamente reconoce a la empresa su carácter de promotor del desarrollo.

En la Sentencia C-130 de 2004 la Corte indicó:

No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones (C.P art. 333).

Y al referirse concretamente al tema de la salud, precisó:

La prohibición de constituir ARS con ánimo de lucro fue adoptada por el Congreso de la República mediante la Ley 812 de 2003. Dicha restricción no vulnera el “núcleo esencial” de la libertad de empresa; ni siquiera excluye a los particulares de participar en la prestación del servicio público de salud en el régimen subsidiado. Tan solo impide que la iniciativa privada participe en el sector subsidiado de salud mediante una persona jurídica que tenga “ánimo de lucro”.

La restricción obedece a fines constitucionales expresamente aceptados como límites a la libertad económica. Además de lo dicho, cabe señalar que según el artículo 334, el Estado “[...] intervendrá, por mandato de la ley, [...] en los servicios públicos y privados, para reconciliar la economía con el fin de

- conseguir (a) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, [y]
- (b) la distribución equitativa de las oportunidades.

5.4. Debido proceso y acceso a la justicia

El debido proceso, desarrollado en numerosos fallos, tiene una sentencia paradigmática, la C-713 de 2008, en la cual se le hizo la revisión a la Reforma Estatutaria de la Justicia (Ley 1285 de 2009). Por su importancia, merece posterior reseña especial.

En la actual Constitución de Colombia, el acceso a la justicia está consagrado en los artículos 229 y 29. La jurisprudencia, en tutela, lo cataloga como derecho fundamental.⁴⁷ Implica para el ciudadano no solamente la posibilidad de presentarse ante los Tribunales y Juzgados, sino también el derecho al trámite, a la práctica de las pruebas, al otorgamiento de los recursos interpuestos, a la búsqueda, por parte del Juez, de la verdad para otorgar debidamente el derecho,⁴⁸ de ahí el principio “pro accione”.⁴⁹ Por eso mismo hace parte de los derechos a algo, y aparece en instrumentos internacionales dentro del catálogo de derechos humanos.

Otra novedad, en la Constitución de 1991, es que se establece que la prevalencia del derecho material es el objetivo del acceso a la justicia (artículo 228 de la C.P.).⁵⁰

El acceso a la justicia tiene diversas variantes:

- i) Vertiente del derecho a la jurisdicción. El Tribunal Constitucional Español, en Sentencia 63 de 2006, dijo que los principios de

⁴⁷ Sentencias T-06 de 1992, T-058 de 1995, T-699 de 1996, T-292 de 1999, T-1195 de 2001, T-493 de 2001.

⁴⁸ En la T-275 de 1994 se dijo que la verdad es uno de los objetos de la justicia y por eso se permitió que una madre se constituyera en parte dentro de la investigación que la Justicia Penal Militar adelantaba por el “suicidio” del hijo de la peticionaria.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional Español, al aplicar el principio pro accione dijo que se debe obligar a los órganos judiciales a interpretar los requisitos procesales en forma proporcionada, satisfaciendo el test de razonabilidad. Ver el caso de Rigobertha Menchú y las sentencias 94/2003, 23/2004, 122/2004, 59/2006.

⁵⁰ Ver Sentencia T-058 de 1995.

... ausencia de arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, se amplían cuando se trata de acceso a la jurisdicción [...] La efectividad del derecho a la jurisdicción no consiente interpretaciones y aplicaciones de los requisitos legales caracterizados por el rigorismo, el formalismo o la desproporción entre los fines que preservan y la consecuencia del cierre del proceso que conllevan, con eliminación u obstaculización injustificada del derecho a que un órgano judicial resuelva sobre el fondo de la pretensión a él sometida.

- ii) El acceso a la justicia, en su vertiente de derecho de acceso al recurso, significa que la inadmisión de un determinado recurso puede significar violación al debido proceso.
- iii) El acceso a la justicia, en su vertiente de la pronta resolución, quiere decir que la demora afecta la correcta administración de justicia, su validez sociológica y la expectativa de la persona a que la controversia sea definida lo más pronto posible.⁵¹

El acceso tiene sentido en cuanto sea reclamable. No se trata de “dar a cada quien lo suyo”, en abstracto, porque las personas acuden ante los jueces exigiendo sus derechos y no planteando temas de política judicial.⁵² Esto es fácilmente apreciable en la acción de tutela.

Sin embargo, tratándose de la acción de inconstitucionalidad, las demandas que han cursado se refieren especialmente a aspectos orgánicos de la justicia, a rediseño de procedimientos, a adecuación de trámites y no propiamente a lo principal: el derecho de acceso a la justicia.

Lo primero que hay que ver es cuál ha sido el comportamiento de la jurisprudencia en el siglo XX respecto a las normas acusadas ante las Cortes (Suprema y Constitucional) sobre funcionamiento judicial.

⁵¹ En la Sentencia T-493 de 2003 se consideró que la demora en la administración de justicia implica violación al derecho de acceso a la justicia, siempre y cuando la demora sea injustificada e irrazonable.

⁵² La verdad es que en algunos sectores de la judicatura colombiana el acceso a la justicia y la prevalencia del derecho material no son los ejes de comportamiento.

Después del Acto Legislativo No. 3 de 1910, hasta cuando se estableció la Sala Constitucional en la reforma de 1968, se tiene que, respecto al estudio de las normas sobre funcionamiento de la justicia, de las 625 sentencias proferidas en esos 57 años, a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia llegaron muy pocos casos y ninguno tuvo una importancia que permita deducir una línea jurisprudencial.

Entre 1968-1991, es decir, desde el funcionamiento de la Sala Constitucional en la Corte Suprema hasta cuando inició labores la Corte Constitucional en 1992; en este periodo de veintitrés años se profirieron más de mil sentencias en demandas de inconstitucionalidad y hubo cierto número de demandas, no propiamente por el derecho de acceso a la justicia sino sobre temas referentes al Código de Procedimiento Civil, que comenzó a regir en 1971, es decir, se rompió el temor reverencial frente a las reglas procesales y al antiguo Código Judicial y se principió a pensar que podrían ser inconstitucionales normas que limitan el acceso a la justicia en sus diferentes vertientes.⁵³

No ha sido muy diferente el comportamiento en la Corte Constitucional. Su proyección jurisprudencial constitucional, en lo que tiene que ver con el desenvolvimiento de los procesos, ha sido uno de los huesos más duros de roer porque, específicamente en Colombia, los procesalistas (generalmente civilistas) recogen un acumulado teórico de muchas décadas, elaborado y

⁵³ No hubo contra el C.P.C. una inicial avalancha de demandas, sino que con el paso de los años algunas se fueron proponiendo, la casi totalidad de ellas merecen citarse: 6 de mayo de 1971, 3 de septiembre de 1971, 23 de febrero de 1973, 27 de junio de 1978, 16 de noviembre de 1978, 13 de febrero de 1979, 29 de octubre de 1979, 20 de mayo de 1980, 12 de noviembre de 1980, 21 de septiembre de 1981, 19 de mayo de 1982, 8 de julio de 1982, 7 de julio de 1983, 26 de enero de 1984, 13 de febrero de 1984, 20 de septiembre de 1984, 2 de octubre de 1984, 20 de junio de 1985, 27 de agosto de 1985, 5 de junio de 1986, 9 de octubre de 1986, 20 de noviembre de 1986. Solo en dos de ellas se declaró la inexequibilidad, la primera sobre aspectos puntuales, la del 26 de agosto de 1971 que declaró la inexequibilidad por cuanto se permitía el reajuste de cuantías más allá del término que había dado una ley de facultades, fue un análisis formal propio del manejo del derecho que en esa época se daba. En la otra, la del 8 de julio de 1982, sobre levantamiento de medidas cautelares por el tercero que no estuvo presente en la diligencia de secuestro, en razón de que se excluye a quien sí estuvo presente, hay algo muy interesante porque fue un fallo que trascendió lo formal e hizo un análisis sistemático, lo cual ya plantea un comportamiento jurisprudencial semejante al adoptado por la Corte Suprema en la década de 1910 y por la Corte Constitucional en la década de los 90.

manejado especialmente por Tribunales de Distrito, que lo defienden como propio, tanto que difícilmente ha penetrado la jurisprudencia constitucional en la teoría procesal. Es más, casi pudiera decirse que la jurisprudencia constitucional colombiana ha sido tímida en el examen constitucional de las normas de procedimiento y casi inexistente en los aspectos centrales del acceso a la justicia.

En lo cuantitativo, si se hace un inventario de lo tramitado por la Corte Constitucional, en sentencias de constitucionalidad, son numerosos los casos en materia de procedimientos, y sobre muchos temas procesales;⁵⁴ pero, se repite, el aspecto del derecho material de acceso a la justicia es escaso.

5.4.1. Ley estatutaria de administración de justicia

Desde otra óptica, se tiene que en tres ocasiones la Corte Constitucional ha revisado (por control automático) las leyes estatutarias aprobatorias de la administración de justicia.

En la última de ellas, en la Sentencia C-713 de 2008, algo se avanzó porque ya se ubica el acceso a la justicia como elemento integral; por eso vale la pena resaltar lo más interesante de dicho fallo.

⁵⁴ Por ejemplo, entre muchas sentencias, están las siguientes: sobre aclaración de sentencias (C-584/97, C-059/98); sobre caducidad (C-115/98, C-574/98); sobre captura (C-034/96, C-403/97); sobre causales de nulidad (C-217/96); sobre Código Contencioso Administrativo (C-481/95, C-636/96); sobre Código de Procedimiento Penal (C-034/93, C-059/93, C-426/93, C-310/94, C-154/95, C-293/95, C-539/95, C-034/96, C-059/96, C-155/96, C-427/96, C-449/96, C-488/96, C-491/96, C-609/96, C-657/96, C-661/96, C-686/96, C-087/97, C-327/97, C-403/97, C-411-97, C-425/97, C-446/97, C-475/97, C-520/97, C-541/97, C-549/97, C-277/98, C-407/98, C-519/98, C-541/98, C-573/98, C-595/98, C-679/98, C-680/98, C-716/98, C-132/99, C-249/99, C-334/99, C-846/99, C-622/99, C-956/99); sobre el Código de Procedimiento Civil (C-070/93, C-165/93, C-153/94, C-127/95, C-429/95, C-480/95, C-491/95, C-019/96, C-056/96, C-058/96, C-069/96, C-175/96, C-192/96, C-175/96, C-217/96, C-218/96, C-222/96, C-224 A/96 C-340/96, C-530/96, C-539/96, C-618/96, C-666/96, C-684/96, C-062/97, C-077/97, C-373/97, C-382/97, C-383/97, C-404/97, C-407/97, C-412/97, C-424/97, C-426/97, C-494/97, C-548/97, C-619/97, C-023/98, C-037/98, C-045/98, C-056/98, C-059/98, C-090/98, C-141/98, C-269/98, C-594/98, C-622/98, C-665/98, C-680/98, C-250/99, C-332/99, C-538/99, C-539/99); sobre Código de Procedimiento Laboral (C-033/96, C-060/96, C-539/96, C-619/97); sobre conciliación (C-294/95, C-227/96, 180/97, C242/97, C-662/98, C-114/99); sobre desistimiento (C-273/98); sobre consulta (C-583/97); consejo verbal de guerra (C-145/98); sobre tutela (C-543/92, C-234/94, la última fue C-003/99); sobre debido proceso (C-243/96, C-430/97, C-620/98); sobre arbitraje internacional (C-347/97); sobre competencia (C-076/93, C-218/96, C-012/97, C-040/99, C-568/97, C-655/97, C-044/98, C-057/98, C-626/98, C-743/98, C-114/99); en lo fiscal (C-054/97); sobre agencia oficiosa (C-690/96).

Textualmente se indicará lo que la Corte dice sobre varios temas:

5.4.1.1. Celeridad

El derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos es parte integrante del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.⁵⁵ Los postulados de una justicia pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de todos los asuntos que se someten a su conocimiento, armonizan con la Constitución en cuanto se orientan a hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, al punto que dispone que los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales.

5.4.1.2. Oralidad y tecnología

La innovación introducida de la oralidad como un mecanismo para el logro de una justicia pronta y eficaz no contraviene la Constitución, pues con ella se pretende propiciar condiciones indispensables para imprimir celeridad al trámite de las actuaciones propias de los diferentes procesos, superar la congestión judicial y garantizar con ello la protección y efectividad de los derechos de los asociados.

Que la ley deba adoptar nuevos estatutos procesales para ajustarlos a la oralidad, y que esa nueva regulación ha de ser en procura de la unificación de procedimientos judiciales teniendo en cuenta los avances tecnológicos, no contraría la Constitución, pues corresponde a la potestad de configuración del Legislador el diseño de procedimientos judiciales, que tomen en cuenta las ayudas que ofrece el desarrollo científico e informático. Sin embargo, la implementación de los avances tecnológicos deberá tener en cuenta el derecho de acceso a la administración de justicia, la exigencia de una posibilidad real de controversia y del principio de igualdad en cuanto al acceso material a los avances tecnológicos y estar acorde con la Constitución, especialmente por el impacto que puedan tener sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.⁵⁶

⁵⁵ Ver Sentencia C-037 de 1996.

⁵⁶ Ver Sentencia C-1147 de 2001.

5.4.1.3. Gratuidad

Dado que el principio de gratuidad no es absoluto y puede ser objeto de restricciones, la existencia de aranceles judiciales no resulta per se incompatible con la Constitución, pues dicha excepción al principio general de gratuidad de la justicia no afecta el acceso a esa función pública y es plausible que el Legislador imponga ciertas restricciones a este principio, dentro del marco de la Constitución y de las normas que se integran a ella.

La exclusión del arancel judicial en ciertos procesos corresponde a la libertad de configuración del Congreso (arts. 150-12 y 338 C.P.). Tampoco resulta contrario a la Constitución el hecho de excluir del cobro del arancel a personas de escasos recursos cuando se decreta el amparo de pobreza o en los demás asuntos que se determinen en la ley. Sin embargo, constituye un vicio de inconstitucionalidad el facultar al Consejo Superior de la Judicatura, a la Procuraduría General de la Nación, al Ministerio del Interior y de Justicia y a la Defensoría del Pueblo para determinar aquellos eventos en los cuales podrá excluirse el cobro del arancel judicial, debido a que el principio de reserva de ley en materia tributaria (art. 338 C.P.) impide dejar en manos de otras autoridades decisiones de esta índole, que comprometen además el principio de igualdad (art. 13 C.P.).⁵⁷

La regulación del arancel judicial no puede conllevar la imposición de barreras de acceso a la justicia, ni desincentivar a los ciudadanos para que se vean obligados a acudir ante los particulares investidos transitoriamente para hacer uso de los mecanismos alternativos de administración de justicia, sino corresponder a montos que tomen en cuenta la naturaleza de los procesos, sus cuantías y todos aquellos factores que demuestren la razonabilidad del cobro.

⁵⁷ Al respecto: sentencias C-955 de 2000; C-393 de 1996; C-1114 de 2003; C-370 de 2004 y C-1261 de 2005, entre otras.

5.4.1.4. Mecanismos alternativos

La plataforma constitucional de los mecanismos alternativos de solución de conflictos es el artículo 116 de la Carta, que para el caso de la intervención de particulares se complementa con los artículos 1 y 2 constitucionales.⁵⁸

El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de autoridades administrativas constituye una modalidad de resolución asistida donde la adjudicación del derecho corresponde a un tercero neutral que no hace parte del sistema tradicional de justicia.⁵⁹

5.4.1.5. Jurisdicción constitucional (jueces de tutela)

Los jueces de tutela forman parte de la jurisdicción constitucional desde el punto de vista funcional.⁶⁰ En esa medida, los jueces de instancia no pueden dejar de aplicar la Constitución, de acuerdo con el alcance que le ha dado su intérprete autorizado, independientemente del objeto del debate. Y por ello tampoco son órganos de cierre en materia constitucional, de modo que en sede de tutela, en armonía con los artículos 86 y 241-9 de la Constitución, no pueden abstenerse de remitir a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, todas las decisiones que profieran al resolver este tipo de asuntos. De ahí se deriva la procedencia de la tutela contra todo tipo de providencias judiciales, en particular contra las sentencias de los órganos máximos de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y jurisdiccional disciplinaria,⁶¹ que no vulnera los principios de seguridad jurídica y de

⁵⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-893 de 2001, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández; C-1195 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy; y C-338 de 2006, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, entre otras.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1195 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁰ Con el fin de excluir interpretaciones incompatibles con la Constitución, se condicionó la constitucionalidad del artículo que solamente incluyó a la Corte Constitucional como integrante de la jurisdicción constitucional, y se estableció que dicha norma debe entenderse en el sentido de que también integran la jurisdicción constitucional los jueces y corporaciones que deban proferir las decisiones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales.

⁶¹ Al respecto: Sentencia C-590 de 2005.

autonomía funcional del juez, ni afecta la distribución constitucional de competencias entre las Altas Cortes.

5.4.1.6. Jueces indígenas

Las autoridades de las comunidades indígenas están constitucionalmente avalladas para administrar justicia, lo cual se deriva del reconocimiento de su autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, (art. 246 C.P.), de la diversidad étnica y cultural (art. 7.º C.P.) y del respeto al pluralismo y la dignidad humana (art. 1.º C.P.). Así, desde el punto de vista funcional, la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial. Sin embargo, las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público.⁶²

5.4.1.7. Jueces de descongestión

Debido a su vocación de transitoriedad, los jueces de descongestión no pertenecen a la carrera judicial. Sin embargo, en virtud de los principios constitucionales de transparencia e igualdad, y del mérito como criterio de acceso a la función pública, su designación exige respetar el orden de las listas de elegibles.

5.4.1.8. Función jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura

De acuerdo con el artículo 116 de la Constitución, el Consejo Superior de la Judicatura ejerce función jurisdiccional, la cual, conforme al artículo 254 constitucional, está reservada en exclusiva a su Sala Disciplinaria, así como a las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura. De manera que, si la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura administran justicia, es decir, ejercen función jurisdiccional propia, habitual y permanente, también están habilitadas constitucionalmente para resolver sobre acciones de tutela, conforme a los parámetros definidos por el Legislador.

⁶² Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-037 de 1996, C-139 de 1996, T-349 de 1996, C-370 de 2002, T-1294 de 2005 y T-945 de 2007, entre otras.

5.4.1.9. Competencia residual

El hecho de que el Congreso haya asignado a la jurisdicción ordinaria una suerte de competencia residual, exige respetar las atribuciones inherentes a cada jurisdicción y en particular a la constitucional. Por ello, la competencia residual de la justicia ordinaria no puede involucrar asuntos de orden constitucional que por su naturaleza corresponden a la Corte Constitucional (artículo 241).⁶⁵

5.4.1.10. Fiscalía

La Fiscalía General de la Nación es mencionada claramente en el artículo 116 de la Constitución como uno de los órganos que ejercen función jurisdiccional,⁶⁴ lo cual apareja importantes consecuencias como la calidad de funcionarios judiciales de los fiscales y la sujeción a los principios de autonomía e independencia en el ejercicio de las funciones judiciales, que les han sido asignadas, conforme al artículo 250 de la Constitución, de manera excepcional. En consecuencia, ha de entenderse que el listado de instituciones señaladas como titulares del ejercicio de función jurisdiccional no es taxativo, pues la Fiscalía General de la Nación no aparece relacionada a pesar de que ejerce algunas funciones de esta índole. Por lo mismo, se condiciona la constitucionalidad del artículo, en el entendido de que la Fiscalía General de la Nación ejerce excepcionalmente función jurisdiccional.

5.4.1.11. Conciliación y arbitramento

La conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, concebido bajo la idea de solución “asistida” por un tercero neutral, calificado y habilitado por las partes, tiene como objetivo que los sujetos en disputa puedan superar una problemática con la colaboración de un tercero. Así, el conciliador cumple una labor de mediación activa, para lo cual puede “proponer fórmulas de arreglo que las partes pueden o no aceptar”,⁶⁵ y avalar un acuerdo

⁶³ Por estas razones, la competencia residual de la jurisdicción ordinaria no comprende los asuntos de orden constitucional.

⁶⁴ Sentencia C-1092 de 2003, M.P.: Álvaro Tafur Gálvis.

⁶⁵ Sentencia C-1195 de 2001, M.P.: Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy Cabra.

al que se llegue, pero no tiene la facultad para decidir una controversia, pues la solución del conflicto debe ser fruto de un acuerdo libre entre las partes.

El mecanismo jurídico del arbitramento (art. 116 CP), a través del cual, las partes pueden investir a los particulares de la función de administrar justicia, se rige por el principio de voluntariedad o libre habilitación, tiene carácter temporal y excepcional y es una institución de orden procesal, lo cual significa que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo etapas para la discusión de argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y la revisión de los pronunciamientos.⁶⁶

Siendo el principio de voluntariedad una de las características propias del arbitraje, las partes deben tener la posibilidad de fijar las reglas procesales a las cuales someterán el trámite para solucionar su controversia. Sin embargo, debido a la naturaleza del arbitraje como institución de orden procesal,⁶⁷ este principio no permite anular la potestad de regulación del Legislador, quien debe adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos fundamentales y el respeto de las garantías mínimas al debido proceso en desarrollo de las actuaciones arbitrales.⁶⁸ La facultad de los particulares para fijar sus reglas procesales en el trámite del arbitramento no es absoluta y tiene como límites las características que se derivan del respeto de los derechos fundamentales y la observancia de los postulados del debido proceso. Solo así se hace compatible el principio de voluntariedad con la dimensión procesal propia del arbitramento.

5.4.1.12. Selección en Salas de Casación

La atribución a las Salas de Casación de la Corte Suprema de la facultad de seleccionar sentencias “para los fines de unificación de la jurisprudencia, protección de los derechos constitucionales fundamentales y control de legalidad de los fallos”, como propósitos para los cuales se prevé la casación, se ajusta a la Constitución, en la medida en que armoniza con los fines que por su naturaleza corresponden a esa institución. No obstante, se declara inexecutable

⁶⁶ Criterios trazados en las Sentencias C-330 de 2000 y C-1038 de 2002, entre otras.

⁶⁷ Sentencias C-163 de 1999, C-242 de 1997, C-330 de 2000, C-060 de 2001, T-200 de 2004, C-961 de 2006, SU-174 de 2007, entre otras.

⁶⁸ Sentencias T-244 de 2007, SU-174 de 2007, T-800 de 2004, C-330 de 2000, C-163 de 1999, C-037 de 1996 y C-426 de 1994, entre otras.

la expresión “fundamentales”, puesto que, la casación apunta no solo a la protección de derechos fundamentales, sino también a la salvaguarda de los demás derechos reconocidos en el ordenamiento constitucional.

En cuanto a la facultad de “selección de las sentencias objeto de su pronunciamiento”, se declara la constitucionalidad condicionada, entendiendo que la decisión de no selección adoptada al decidir sobre la admisión del recurso de casación, deberá ser motivada y tramitada conforme a las reglas y requisitos específicos que establezca la ley. De lo contrario podrían afectarse los derechos de acceso efectivo a la administración de justicia, prevalencia del derecho sustancial y el debido proceso, en lo referente al deber de motivación de las decisiones judiciales.⁶⁹ Debido a que la facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia para seleccionar los asuntos de casación no puede asimilarse a la facultad que tiene la Corte Constitucional para seleccionar los fallos de tutela para su eventual revisión, no puede utilizarse el mismo criterio previsto para la eventual revisión de los fallos de tutela, en lo relacionado con el deber de motivación. Por lo tanto, el inciso tercero no puede ser concebido como un mecanismo de selección absolutamente discrecional en materia de casación, pues ello desvirtuaría su estructura básica en detrimento de las garantías del debido proceso y acceso efectivo a la administración de justicia. Se condiciona así la constitucionalidad de la norma, en el entendido de que la Corte Suprema de Justicia debe motivar la no escogencia, cuando se pronuncie sobre la admisión del recurso de casación. También se condiciona la constitucionalidad de la norma, en el entendido de que en ningún caso impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto del recurso, la decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente el recurso de casación.

5.4.1.13. Mapa judicial

El artículo 257 de la Constitución, que otorga la potestad exclusiva al Consejo Superior de la Judicatura para fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales, resulta vulnerado con la exigencia que se hace al Consejo Superior de la Judicatura, de concertar con

⁶⁹ Al respecto: Sentencia C-252 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

la Corte Suprema de Justicia lo concerniente a las necesidades de la administración de justicia para el cumplimiento de las funciones judiciales que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio. A pesar de que según el artículo 257 de la Constitución las funciones que corresponden al Consejo Superior de la Judicatura en esta materia se cumplirán de conformidad con la Ley, ello no significa que el Legislador pueda reasignar dicha competencia para dejarla en manos de otra autoridad o para convertirla en una competencia compartida, porque se desnaturalizaría una función inherente al Consejo Superior de la Judicatura. De esta manera, la expresión “previa concertación con la Corte Suprema de Justicia”, prevista en el inciso primero, se declara inexecutable.

5.4.1.14. Juzgados de pequeñas causas

La referencia a los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple y la distribución geográfica de los despachos judiciales no contraría la Constitución, debido a que simplemente se hace mención a una categoría de jueces prevista en la ley y a que la distribución geográfica busca garantizar un mayor acceso a la administración de justicia, sin alterar las reglas generales de competencia. Tampoco desconoce la Constitución la posibilidad de existencia de juzgados promiscuos para el conocimiento de procesos civiles, laborales, penales y de familia, cuando el número de asuntos así lo amerite, pues ello atiende los principios de eficacia de la administración de justicia y eficiencia en el manejo de los recursos públicos.

5.4.1.15. Reglamento para las Salas del Consejo de Estado

Armoniza también con la Constitución lo relativo a las facultades que se otorgan a la Sala Plena del Consejo de Estado para que, de conformidad con la ley, el reglamento señale las funciones que debe ejercer cada una de las secciones. El Legislador ha fijado en este sentido al menos dos criterios (especialidad y volumen de trabajo) para el reparto de asuntos entre las respectivas secciones y subsecciones de la corporación, de modo que la facultad de reglamentación no corresponde a una simple delegación sino que se encuentra mínimamente reglada conforme a las exigencias del principio de reserva de ley.

5.4.1.16. Revisión eventual en el Consejo de Estado

En la medida en que se ha atribuido a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de ciertas acciones populares y de grupo, resulta válida la atribución al Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de la jurisdicción contencioso administrativa (art. 237-1 C.P.), de la facultad para revisar las sentencias y providencias que pongan fin a esos procesos. Los fines que señala la norma para la revisión eventual (unificación de la jurisprudencia; asegurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales y ejercer el control de legalidad respecto de los fallos correspondientes) guardan estrecha relación con los objetivos que son propios de la casación en la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, conforme al artículo 237-1 de la Constitución, las funciones que la ley puede atribuir al Consejo de Estado son solo en su calidad de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y no como una Corte de Casación, pues en el ordenamiento constitucional colombiano estas dos calidades no son asimilables. Así, la facultad de revisión eventual, prevista en el inciso 1.º, como atribución de competencias al Consejo de Estado, solamente puede darse en su calidad de tribunal supremo de lo contencioso administrativo y no como tribunal de casación. Por esto, la facultad de revisión para la unificación de jurisprudencia, propia de un tribunal supremo, no puede asignarse para asegurar la protección exclusiva de derechos fundamentales, ni para ejercer control de legalidad, pues son atribuciones propias de una Corte de Casación.

La autorización a la Sala Plena y a las Subsecciones del Consejo de Estado para seleccionar los asuntos de revisión no resulta coherente con la distribución funcional de competencias prevista en el inciso 2.º del artículo 236 de la Constitución. De manera que las expresiones “de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o”, y “o Subsecciones, con sujeción a los criterios que establezca el reglamento de la Corporación” del inciso 1.º se declaran inexecutable. Permitir la intervención de la Sala Plena y las subsecciones podría implicar además una injerencia indebida en la autonomía de las secciones del Consejo de Estado, cuando es claro que entre ellas no existe relación jerárquica ni de subordinación funcional en estos asuntos.

Se condiciona su exequibilidad, en el entendido de que en ningún caso se impide interponer la acción de tutela contra la sentencia objeto de revisión, la

decisión de no selección o la decisión que resuelva definitivamente la revisión, cuando se configuren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para tal fin.

5.4.1.17. Motivación para la selección eventual para revisión en el Consejo de Estado

Que la decisión de seleccionar o no los asuntos para revisión no deba motivarse, desconoce el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia y afecta una garantía propia del debido proceso.⁷⁰ Dado que la facultad atribuida al Consejo de Estado para la revisión eventual de acciones populares y de grupo, no puede ser asimilada a la facultad de la Corte Constitucional para la revisión eventual de los fallos de tutela, es necesario que el Consejo de Estado haga explícitos los motivos por los cuales decide que un caso será o no examinado en revisión.

5.4.1.18. Turnos para resolver los asuntos

La norma introduce la posibilidad de modificar el orden y la prelación de turnos en los despachos judiciales, en los casos y bajo las condiciones allí previstas.

La Corte considera que si bien es cierto que por regla general es necesario seguir un orden estricto para resolver los asuntos sometidos ante la justicia, también lo es que dicha regla no es absoluta, de manera que bajo circunstancias extraordinarias el Legislador puede establecer excepciones, siempre y cuando las mismas se encuentren debidamente justificadas y se reflejen como razonables.

En el inciso 1.º del artículo 16 se hace alusión a una serie de razones especiales, constitutivas de excepción a la regla general antes mencionada, que permiten que algunos procesos sean tramitados y fallados preferentemente por las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las salas, secciones o subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional. Estas razones son: (i) la seguridad nacional, (ii) prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, (iii) resolver

⁷⁰ *Idem.*

procesos que involucren graves violaciones de los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, y (iv) los asuntos de especial trascendencia social.

Considera la Corte que estos motivos son constitucionalmente válidos para modificar, excepcionalmente por supuesto, la regla general de prelación de turnos para fallo conforme a su ingreso a los despachos judiciales. Esas razones son admisibles frente a los principios y valores constitucionales, pues por su importancia económica, humana y social, involucran asuntos de alto impacto y sensibilidad en la comunidad.

Siguiendo esta línea argumentativa, se ajusta a la Carta la autorización para que las salas o secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura determinen motivadamente los asuntos que, por carecer de antecedentes jurisprudenciales, sean de interés público o puedan tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados preferentemente (inciso 2.º).

También armoniza con el mandato del artículo 277 de la Constitución la facultad atribuida al procurador general de la Nación para solicitar el trámite y fallo preferente de ciertos procesos. Sin embargo, la Corte considera que para garantizar parámetros de igualdad en todas las instancias judiciales y no solo en las altas corporaciones judiciales, debe condicionarse la constitucionalidad de la norma, en el entendido de que el procurador general de la Nación también podrá elevar la solicitud de trámite preferente a cualquier autoridad judicial, la cual decidirá en el marco de su autonomía e independencia.

Es importante advertir que será la respectiva autoridad judicial la responsable de examinar cada caso en particular, para determinar si se cumplen o no las exigencias legales que permiten modificar la prelación de turnos, debiendo siempre justificar de manera satisfactoria el cambio de orden para fallo.

Lo que sí resulta contrario a la Constitución es que, en aplicación de tales circunstancias excepcionales, se permita a los máximos órganos de cada jurisdicción señalar, en relación con otros despachos judiciales de inferior jerarquía en sus respectivas jurisdicciones, los procesos que habrán de ser resueltos de manera preferente. Ello implicaría una intromisión ilegítima en detrimento de los principios de autonomía e independencia que deben caracterizar al juez en la toma de decisiones sobre los asuntos a su cargo (arts. 228 y 230 C.P.).

En consecuencia, la Corte declarará inexecutable la expresión “en cualquiera de los despachos o corporaciones de sus respectivas jurisdicciones”, del inciso 1.º del artículo bajo examen, así como la expresión “en todas las instancias y recursos”, del inciso 2.º del mismo artículo.

En cuanto a los incisos 3.º y 4.º del artículo, la Corte no encuentra reparo de constitucionalidad en cuanto señalan (i) la posibilidad de decidir anticipadamente aquellos recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura cuya resolución involucre reiteración de la jurisprudencia, y (ii) la determinación de un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia por las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las salas o las secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las salas de los tribunales superiores y de los tribunales contenciosos administrativos.

5.4.1.19. La informática en la administración de justicia

La obligación de diseñar un sistema de información y estadística que permita un análisis integrado y un seguimiento detallado de los procesos, armoniza con las funciones constitucionales del Consejo Superior de la Judicatura, particularmente en el numeral 4.º del artículo 256 de la Carta, según el cual corresponde a dicha autoridad “llevar un control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales”.

Con todo, es necesario reiterar la advertencia hecha por la Corte en la Sentencia C-037 de 1996, en el sentido de que, en todo caso, la información que se recoja en tales sistemas no puede contener datos relacionados con la intimidad de los funcionarios judiciales o contrarios a los lineamientos jurisprudenciales trazados al respecto, ni datos que, de conformidad con la ley, sean objeto de reserva.

5.4.1.20. Cambio de radicación

La atribución de competencia al Consejo Superior y los Consejos Seccionales de la Judicatura para cambiar la radicación de procesos penales, riñe con la estructura constitucional de esas autoridades (artículos 254 a 257 C.P.), y tam-

bién afecta el debido proceso (art. 29 C.P.) y las garantías de independencia y autonomía judicial (art. 228 C.P.). Principios consagrados no solo para evitar intromisiones ilegítimas de autoridades pertenecientes a otras ramas del poder público, sino también para garantizar que al interior de la propia administración de justicia se observe la división funcional de competencias y el principio de separación de poderes.

5.4.1.21. Control de legalidad

La existencia de una suerte de control de legalidad oficioso al cierre de cada etapa del proceso, y la consecuente prohibición de reclamarse posteriores nulidades (salvo la existencia de nuevos hechos), se proyecta como una medida constitucionalmente válida teniendo en cuenta los principios de celeridad y eficacia de la administración de justicia.

En el desarrollo de los diferentes procesos judiciales pueden presentarse situaciones de extrema irregularidad que atentan de manera significativa contra los derechos fundamentales de los sujetos procesales, eventos en los cuales no resultaría proporcionado ignorarlos so pretexto de la preclusión de determinada oportunidad procesal dentro de la cual han debido ponerse en conocimiento de quien dirige el correspondiente proceso. Por eso, en presencia de situaciones extremas no sería constitucionalmente admisible que se sacrifique la posibilidad de proponer y obtener la correspondiente declaración de nulidad, en aras de la celeridad del proceso. La lectura correcta de la norma no puede llevar al extremo de excluir la posibilidad de declarar la nulidad del proceso en cualquier etapa del mismo, cuando se determine la existencia de irregularidades que comporten una grave afectación al núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales.

El control de legalidad previsto en el artículo 27 del proyecto de ley estatutaria no involucra necesariamente un control concreto de constitucionalidad.

La constitucionalidad de la norma examinada debe entenderse sin perjuicio de la facultad de ejercer la acción de tutela para garantizar el debido proceso y los demás derechos fundamentales (art. 86 C.P.), cuando se vieran afectados y se cumplan los requisitos especiales de procedibilidad.

No sobra agregar que la Corte Interamericana de derechos Humanos se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el acceso a la justicia y la impunidad. Dicha Corte ha señalado que el acceso a la justicia se encuentra consagrado en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. Sobre el recurso efectivo ha dicho que “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.⁷¹ La Corte busca superar los obstáculos, entre ellos la impunidad y la falta de confianza de la población en las instituciones públicas.⁷²

⁷¹ Caso Cantos, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C, No. 97, párr. 52.

⁷² Entre otras, merecen citarse las sentencias: Caso Velásquez Rodríguez (29 de julio de 1988), Caso Godínez Cruz (20 de enero de 1989), Caso Panel Blanca (8 de marzo de 1998), Caso Loayza Tamayo (27 de noviembre de 1998), Caso Ivcher Bronstein (6 de febrero de 2001), Caso Barrios Altos (14 de marzo de 2001).

6. Análisis de la jurisprudencia sobre derecho a la igualdad*

Gloria Ortiz Delgado**

Carlos Alberto Parra Dussan***

La igualdad es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, que surge como la vía más idónea para evitar el abuso en el ejercicio del poder y la arbitrariedad, pues se trata de un derecho de la persona, el cual fija límites y horizontes para la actuación de los poderes públicos, y que se ha categorizado como subjetivo, de índole relacional y genérico, (según el cual debe otorgarse un trato igual que resulte acorde a las diversas condiciones de los sujetos).

Según la Sentencia C-090 de 2001:

La aplicación efectiva de la igualdad corresponde, entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. Siempre será necesario que la referencia a la igualdad, como derecho y valor fundante de una sociedad política, no se agote en la mera consideración formal de los problemas jurídicos, sino que se sustente en la posibilidad de establecer diferencias en el trato, fincadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.¹

* Los autores agradecen la colaboración de Lina Marcela Muñoz Ávila y Carolina Escandón Buchelli.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, ex-magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

*** Abogado de la Universidad del Rosario, doctor en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

6.1. La igualdad: principio y derecho²

La Constitución de 1991, a diferencia de la de 1886, que no lo consagraba,³ concibió el derecho a la igualdad como un principio y como un derecho. Como principio, es uno de aquellos fundamentos del ordenamiento jurídico de obligatoria observancia para todas las autoridades y que sirve para interpretar toda la reglamentación en caso de que esta sea ambigua, pues irradia todo el ordenamiento jurídico. La igualdad también es un derecho subjetivo y se entiende como una prerrogativa que prohíbe la discriminación. Entonces, en esta última acepción, la igualdad se concibe como el derecho a la no discriminación.

El principio de igualdad se expresa en la Constitución de manera general e implícita, tanto así que su reconocimiento se observa en varios de los artículos del mismo Texto Superior,⁴ no solamente en la consagración de derecho sino también en la estructuración de las políticas del Estado.

Por su parte, el derecho a la igualdad se ve recogido en el artículo 13 constitucional, en donde se establece su contenido, su protección y la prohibición de la discriminación. Asimismo, dentro del precitado artículo se encuentra una disposición –que ha tenido gran desarrollo jurisprudencial– la cual reconoce las diferencias existentes entre los integrantes de un Estado y asegura la protección de estos en la búsqueda de una igualdad que sea real y efectiva. De ello puede inferirse que el derecho a la igualdad confiere a las personas la facultad de exigir el mismo trato a las autoridades cuando se encuentran en situaciones fácticas idénticas, es decir, un tratamiento igual para los iguales y desigual para los desiguales.

La igualdad, jurisprudencialmente tratada, es tan extensa, que llega incluso a temas como el análisis de la no existencia, en algunos casos, de la doble instancia, que afecta el derecho a la igualdad concatenado con el debido proceso, por eso en la Sentencia C-863 de 2008⁵ se hace la siguiente aclaración:

² El tema del derecho a la igualdad se mencionó y analizó en capítulo anterior, al resaltar la Corte de la época de López Pumarejo.

³ De ahí la casi inexistente jurisprudencia sobre igualdad en la Corte Suprema de Justicia.

⁴ Véanse por ejemplo artículos 9.º, 12 y 17 superiores.

⁵ M.P.: Mauricio González Cuervo.

El derecho a la igualdad tiene un núcleo fundamental que al legislador le está vedado restringir, sin perjuicio de que, actuando dentro de su margen de configuración normativa en materia procesal, pueda adoptar fórmulas judiciales diferentes que incluyan o excluyan la segunda instancia. El artículo 31 de la Constitución Política no le otorga al principio de la doble instancia⁶ un carácter absoluto, en tanto permite que la ley establezca excepciones a la posibilidad de apelar o consultar una sentencia judicial, por lo cual, el Legislador está autorizado para indicar en qué casos no hay segunda instancia en cualquier tipo de proceso, sin perjuicio de los recursos extraordinarios que él puede consagrar, y sobre la base de que, para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales afectados quepa extraordinariamente la acción de tutela.⁷ Si bien la doble instancia es requisito indispensable del debido proceso en materia penal (artículo 29 C.P.) y en la esfera de la tutela (artículo 86 C.P.), fuera de esos ámbitos “la doble instancia no pertenece al núcleo esencial del debido proceso”.⁸ Él puede, por ello, establecer excepciones a la doble instancia, siempre que se respeten los derechos fundamentales. De manera que un proceso de única instancia no viola el debido proceso, si, a pesar de la eliminación de la posibilidad de impugnar la sentencia, las partes cuentan con una regulación que asegure los derechos de defensa, de contradicción y de acceso a la administración de justicia.⁹

Llama la atención que la gran mayoría de las sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se analiza el derecho de igualdad, no lo hacen dentro de la igualdad matemática, sino de la igualdad geométrica –trato diferente–, como diferenciaban los pitagóricos hace más de dos mil años.

⁶ Al respecto: sentencias C-345 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-351 de 1994 M.P.: Hernando Herrera Vergara; y C-179-95, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Sentencias C-543 de 1992 y C-411 de 1997, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁸ Sentencias C-345 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; y C-900 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

⁹ Al respecto: sentencias C-040 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett; C-095 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-900 de 2003, M.P.: Jaime Araújo Rentería; C-103 de 2005, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa; C-1005 de 2005, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

6.2. El test de proporcionalidad y las acciones afirmativas

La jurisprudencia constitucional¹⁰ ha señalado que ese trato diferente se justifica siempre y cuando sea razonable y justo, para lo cual, y siguiendo las pautas señaladas por los tribunales constitucionales alemán, español y el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, ha desarrollado el test de proporcionalidad con el que busca determinar las circunstancias en las que el trato desigual procede para que la igualdad sea objetiva y no formal. Este juicio de igualdad está conformado por tres pasos, a saber:¹¹

1. El análisis del fin buscado por la medida.
2. El análisis del medio empleado.
3. El análisis de la relación entre el medio y el fin.

Cada uno de estos pasos busca resolver distintas preguntas, según se trate de un examen estricto, intermedio o leve.

En el juicio leve es suficiente que el fin buscado y el medio empleado no estén prohibidos constitucionalmente, y que el medio escogido sea adecuado para el fin propuesto. Se utiliza, en principio, para examinar la constitucionalidad de medidas legislativas en materias económicas, tributarias o de política internacional.

Por su parte, el juicio intermedio se ha aplicado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa; finalmente, el juicio de igualdad estricto se utiliza cuando el fin de la disposición, además de ser legítimo e importante, debe ser imperioso. El medio escogido debe ser no solamente adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, es decir, no puede ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo.

Dado lo anterior, es posible afirmar que los medios escogidos por el Legislador no sólo deben ser proporcionales con la norma, sino igualmente estar revestidos de legitimidad no solamente por tener un fundamento legal,

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-124 de 17 de febrero de 2004, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 8 de marzo de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

sino para no afectar los intereses jurídicos de otras personas o grupos, y para garantizar que si esto sucede sea de forma leve.

En la búsqueda de la protección de quienes se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, la Corte ha reconocido la figura de las acciones afirmativas o de discriminación positiva, consistentes en la adopción de medidas dirigidas a favorecer a determinados grupos, con el fin de eliminar o reducir desigualdades sociales, culturales o económicas que los afectan y lograr que los miembros de un grupo que ha sido discriminado tengan una mayor representación. En Sentencia C-174 de 2004, la Corte Constitucional señaló:

... con dichas acciones si bien se acude a criterios que como la raza o el sexo, en principio resultan discriminatorios, y si bien ellas significan que el beneficio que se concede a ciertas personas tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras, ello no significa que con las mismas se contravenga el principio de igualdad.

La jurisprudencia ha hecho énfasis en que el trato diferencial positivo no sólo responde a los fundamentos del Estado Social de Derecho, que se traducen en el deber del Estado de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que con ellas se atiende el mandato expreso del artículo 13 superior para hacer que la igualdad sea real y efectiva.

En conclusión:

1. Es posible afirmar que el derecho a la igualdad en Colombia goza de un reconocimiento internacional –a través de los tratados y convenciones ratificados e integrados al bloque de constitucionalidad–, de un reconocimiento constitucional, tanto como principio como derecho fundamental que obedece a postulados esenciales de un Estado Social de Derecho; y de un reconocimiento jurisprudencial, ya que la Corte Constitucional, a través de los numerosos fallos sobre el derecho a la igualdad, se ha encargado de delimitar los parámetros en que este derecho se desenvuelve y de establecer un desarrollo al contenido del artículo 13 constitucional en cuanto a

la aplicación a casos concretos que merecen especial protección por parte del Estado, observando las circunstancias especiales de ciertos grupos y teniendo en cuenta que exista una razón suficiente que haga considerar la diferencia como válida.

2. En esa medida, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe entenderse que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes sino que exige que estos tengan un fundamento objetivo y razonable, de acuerdo con la finalidad perseguida por la autoridad.
3. La jurisprudencia se ha encargado de delimitar los parámetros en que este derecho se desenvuelve, respetando la identidad de ciertos grupos, teniendo en cuenta que exista una razón suficiente que haga considerar la diferencia como válida. De ahí que no se impida que la ley establezca tratos diferentes, siempre y cuando el objetivo sea razonable, de acuerdo con los test de proporcionalidad.

El primero de los criterios para el test ha sido desarrollado especialmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los tribunales constitucionales de España y Alemania, y se basa en el llamado *test o juicio de proporcionalidad*, que comprende distintos pasos. En un primer momento el juez estudia si la medida es o no adecuada, determina si constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; posteriormente examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”. Finalmente, el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

La segunda tendencia, aplicada en la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los tests de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Si el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso; si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.

Nuestra Corte Constitucional ha adoptado un “juicio integrado” de igualdad, que aprovecha lo mejor de las dos metodologías. De esta manera, se realiza un escrutinio judicial que sigue los pasos del sistema europeo pero sin el mismo rigor en todos los casos, por lo cual se gradúa en intensidad cada una de dichas etapas.

La evolución jurisprudencial ha determinado, para la aplicación en los casos concretos del derecho a la igualdad, que el escrutinio judicial debe ser más intenso en los siguientes casos: cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza (la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías), cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, y cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, ya que estas ameritan una especial protección del Estado (Sentencia C-093 de 2001).¹²

4. En términos generales, los parámetros anteriores configuran las bases jurisprudenciales del derecho a la igualdad en Colombia en un sentido genérico. Sin embargo, este derecho presenta diferentes enfoques que varían según el objeto de protección; por ejemplo: igualdad en materia social y de nacionalidad, igualdad en materia tributaria, igualdad por razones de género e igualdad desde la perspectiva del procedimiento judicial.

6.3. Igualdad en materia social y de la nacionalidad

Para el análisis en mención se hace necesario desarrollar los principales temas que se encuentran contenidos dentro de la igualdad en materia social, independientemente considerados, para así poder identificar las alteraciones que ha sufrido la jurisprudencia en cada uno de ellos y la manera en que les otorga una tutela efectiva.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

6.4. Igualdad desde el punto de vista de la nacionalidad

Según las sentencias C-1058 de 2003¹³ y C-070 de 2004¹⁴ el derecho a la igualdad prohíbe discriminar a los extranjeros. Esto, sin embargo, no puede ser entendido de manera absoluta: debe tenerse en cuenta que la igualdad como prerrogativa no opera de la misma manera para los nacionales y los extranjeros, pues estos últimos no tienen derechos políticos, salvo las excepciones constitucionales que desarrolla la ley, y sus derechos civiles se pueden ver subordinados o negados por razones de orden público.

La Corte ha sido enfática al establecer que para efectos de preservar el derecho de igualdad debe precisarse si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros (artículo 100 de la Carta Política). Y resulta de vital importancia establecer si la distinción que en determinado momento determine el Legislador es un trato razonable constitucionalmente.

Así, el Legislador no puede invocar razones de orden público en forma abstracta para subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros; las restricciones a sus derechos fundamentales deben ser en todos los casos expresas, necesarias, mínimas, indispensables, y estar dirigidas a la realización de finalidades constitucionales legítimas en una sociedad democrática como la nuestra.

Respecto de la intensidad del juicio de igualdad en casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros, la Corte Constitucional no establece una fórmula general; ha mantenido una posición constante en donde prefiere aplicar en la situación concreta el rigor que corresponda al tipo de derecho afectado y los hechos por analizar. Sin embargo, la Corte ha sido poco rigurosa en los juicios de igualdad cuando de derechos de extranjeros se trata.

A manera de ejemplo pueden tomarse las sentencias a las que se hizo alusión en la introducción del presente análisis. Así, en la Sentencia C-1058 de 2003 la Corte se enfrentó al problema jurídico de determinar si desconoce el

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-1058 de 2003, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Legislador el derecho de igualdad que reconoce la Constitución a todo extranjero, al prohibirle a las sociedades extranjeras que tengan por objeto explotar, dirigir o administrar un servicio público, nombrar a un extranjero como representante legal o como suplente de este.

En este caso en particular, se determinó que no se aplica un control estricto en los parámetros del test de igualdad por cuanto el servicio público, que es el criterio del que emana la diferencia de trato, no ha sido calificado jurisprudencialmente como “sospechoso”. Del mismo modo, no se entiende vulnerado el derecho a la igualdad por cuanto, aunque se presenta una situación de desigualdad fáctica, esta encuentra plena justificación en la repercusión social que tiene la explotación o administración de un servicio público.

Por otra parte, en la Sentencia C-070 de 2004, en donde el problema jurídico consiste en determinar si el proyecto de ley demandado vulnera los artículos 13 y 100 de la Carta al establecer para los artistas extranjeros, incluso los que residen en el país, una restricción con base en su nacionalidad, la Corte vuelve a analizar la norma sin hacer uso de estándares rigurosos. En el caso concreto, se estipulaba que durante el mes de octubre se daría mayor preferencia en espectáculos públicos y exposiciones artísticas a las personas nacionales de Colombia que exaltaran los valores patrios, por lo que se pensó que se trataba de una medida de carácter imperativo que comportaba un tratamiento diferencial para los extranjeros, quienes durante esa época no podrían presentarse en espectáculos públicos o realizar exposiciones artísticas. Sin embargo, la Corte negó tal posibilidad al decir:

... se permite a los extranjeros la presentación de espectáculos públicos en el mes del artista y del arte nacional con la autorización escrita del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Cultura o del organismo que cumpla tales funciones. Es decir, que en lo que concierne a espectáculos públicos los artistas extranjeros pueden realizar sus presentaciones en el mes del artista y del arte nacional, pero en tal evento deben contar al efecto con la debida autorización gubernamental [...] la medida que se analiza es legítima porque no está comprometiendo derechos fundamentales de los

extranjeros toda vez que ellos pueden trabajar libremente en nuestro país en espectáculos públicos durante el mes de octubre de cada año [...]. [...] la medida en cuestión guarda relación de proporcionalidad con el fin propuesto por Legislador de promover la difusión de la cultura nacional, pues de un lado tiene un carácter efímero, esto es, solo opera durante el mes de octubre de cada año, época en la que se celebrará el mes del artista y del arte nacional; y de otro, porque el permiso no es un acto discrecional del Gobierno ya que debe ser expedido conforme a los requisitos y condiciones que señale el reglamento, tal como lo ordena el artículo 8.º del proyecto en revisión. La medida tiene entonces un fin constitucionalmente legítimo como es la protección no solo de la soberanía nacional sino de intereses apreciables de la sociedad...¹⁵

6.5. La edad como criterio de diferenciación

Respecto de este tema, debe tenerse en cuenta que los elementos de distinción expresamente señalados en el artículo 13 de la Constitución han sido calificados por la Corte como de inconstitucionalidad “sospechosa”, pues se fundan en rasgos permanentes de las personas, de los cuales estas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad. Asimismo, tales características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas. Por estos motivos, la Corte ha determinado que esos puntos de vista no constituyen, por sí mismos, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.

En relación con la diferencia de trato por razón de la edad, la Sentencia C-093 de 2001 dijo:

La edad es un criterio que la Carta Política sugiere para que sea tenido como orientador para la toma de determinaciones, siendo entonces válido para la

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia 070 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

diferencia de trato. Eso no implica que sea un tema pacífico en el derecho constitucional contemporáneo, pues por sí sola no debe ser fundamento para limitar los derechos de las personas, debe tener una razón que justifique recurrir a ella.

La Corte considera que no es adecuado someter a un juicio intermedio todo trato diferente fundado en la edad, pues no es lo mismo que la ley exija tener una edad mínima para poder ejercer un oficio o gozar de un beneficio, a que la ley consagre un tope a partir del cual ya no se puede desarrollar una actividad o gozar de un beneficio [...].

No todas las diferenciaciones por razón de la edad deben ser tratadas de la misma manera, ya que mientras no parece potencialmente discriminatorio que la ley exija edades mínimas para ciertos efectos, por el contrario resulta mucho más problemático que la ley establezca límites máximos a partir de los cuáles a una persona se le prohíbe realizar determinada actividad.¹⁶

A partir de estos argumentos, el trato diferente atendiendo a la edad como criterio de diferenciación no viola, por sí mismo, el derecho a la igualdad, pues la Corte ha concluido que el análisis debe hacerse en cada caso concreto a partir de la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Legislador sin hacer uso de parámetros rigurosos o excesivos. Aun así, en una gran parte de las sentencias halladas sobre este tema, se tiene como constante que se ampare el derecho a la igualdad y se declaren inconstitucionales las normas que hacen uso de la edad como criterio de diferenciación.

Así, las sentencias C-071 de 1993, C-227 de 2004 y C-247 de 2004, entre otras, amparan el derecho a la igualdad atendiendo a argumentos similares. En el primer caso, la Corte debía determinar si el rango de edad, en este caso treinta años, constituía un hecho relevante que justificara razonablemente discriminar a un sector de la población colombiana para ingresar a la carrera diplomática y consular. La norma fue declarada inconstitucional porque a juicio de los magistrados no contenía una característica especial que no tuvieran las

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

personas menores de treinta años para que fuera necesario reservar su ingreso a la carrera. De esta manera, establecía discriminaciones no razonables para efectos del ingreso a cierta edad a la carrera diplomática y consular, desconociendo de paso el derecho político a ingresar a la administración pública.

En cuanto a la Sentencia C-227 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, el problema jurídico consistía en identificar si la expresión “mayor de 18 años”, contenida en el inciso 2.º del párrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, vulneraba el principio de igualdad, al no permitir que accedieran a la pensión especial de vejez las madres trabajadoras de personas mayores de dieciocho años que sufrieran una discapacidad física o mental. En este caso, la Corte se pronunció favorablemente a las peticiones del actor, aduciendo que:

La diferenciación establecida en la norma alrededor de la edad no es efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado. Interrumpir el apoyo maternal en el proceso de rehabilitación cuando el hijo cumpla 18 años puede incluso demorar o frustrar el cabal logro del fin al cual apunta la norma parcialmente acusada.

Como se ha manifestado, la intención de la norma es facilitar que la madre trabajadora pueda dedicarse al cuidado de su hijo, cuando este dependa económicamente de ella y sufra una invalidez que no le permita valerse por sí mismo.

Desde esta perspectiva es claro que la limitación que establece la expresión “menor de 18 años” no es efectivamente conducente para obtener el fin perseguido por la disposición. La situación de los hijos inválidos que se encuentran en situaciones extremas de minusvalía no cambia necesariamente por el hecho de alcanzar una edad determinada, incluso cuando se trata de aquella que, convencional y constitucionalmente, es considerada como el comienzo de la madurez [...] la norma bajo estudio –dado que estableció condiciones rigurosas de acceso al derecho, precisamente para avanzar progresivamente en el desarrollo de un derecho en su dimensión prestacional– excluye del beneficio a distintos grupos de personas afectadas por una invalidez. Así ocurre, por ejemplo, con las personas que no

cuentan con su madre ni con su padre y dependen económicamente de su esposa, de un hermano, de un hijo o de cualquier otra persona.

En la Sentencia C-247 de 2004 la Corte analizó un caso en el que el Legislador, en ejercicio de su potestad de configuración legislativa en materia penal, decidió establecer como delito la inasistencia alimentaria y señalar como causal de agravación punitiva el hecho de que dicho delito se cometiera contra determinadas personas, entre ellas los menores de catorce años. La corporación señaló que esta distinción entre los menores de catorce años y aquellos cuyas edades están comprendidas entre los catorce y los dieciocho años es inconstitucional, en la medida en que la Constitución ordenó respecto de todo menor de edad una protección integral. En este sentido, al establecer una causal de agravación punitiva que no les concierne a todos, se establece una diferencia de trato entre los menores que resulta discriminatoria. No existe, a criterio de la Corte, ninguna justificación válida para otorgar el trato diferente a que se ha hecho referencia, pues, en materia de alimentos, como en relación con los demás derechos a que alude el artículo 44 superior, todos los menores se encuentran en la misma situación y ninguna norma puede desconocer la prevalencia de aquellos.

Sin embargo, en ocasiones, la jurisprudencia ha encontrado razonable el criterio de la edad para justificar el trato diferenciado. Ejemplo paradigmático de tal situación resulta el decidido en la Sentencia C-093 de 2001,¹⁷ en donde el problema jurídico planteado consistía en determinar si la norma según la cual las personas interesadas en adoptar un menor de edad debían tener más de veinticinco años resultaba o no acorde a la Carta Política. En esa ocasión, la jurisprudencia fue menos rigurosa en el análisis y tuvo que hacer una ponderación entre el derecho a la igualdad entre adoptantes y los derechos de los menores, prevaleciendo estos últimos. Al respecto dijo que si se tiene en cuenta que

... según los expertos la edad es un tema de radical importancia en las relaciones paterno-filiales, no solo desde el punto de vista psicológico de

¹⁷ M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

la madurez (debatido por el actor), sino también desde la perspectiva de la formación y capacidad laboral del adoptante, el trato diferencial es adecuado. No se requiere que sea indispensable por cuanto en este caso no se está haciendo un juicio estricto de proporcionalidad en virtud a las características fundamentales del mismo.

Finalmente, la Corte manifestó que, en este caso, las ventajas que produce la restricción impuesta son considerablemente superiores a los perjuicios que eventualmente podría irrogar, por lo que declaró su exequibilidad.

6.6. Igualdad y discapacidad

En la segunda mitad del siglo XX la comunidad internacional, a través de algunos pronunciamientos de la asamblea y de diferentes órganos de la Organización de las Naciones Unidas, se percató del derecho de las personas discapacitadas a exigir condiciones especiales que les permitan hacer realidad su derecho de vivir conforme a su dignidad humana. Es en este momento cuando el Estado Colombiano asume el compromiso de integrar a las personas con limitación a la sociedad, mediante la aplicación de medidas que contrarresten real y efectivamente la marginalidad a que, tradicionalmente, han sido sometidas.

La Organización de las Naciones Unidas se ha pronunciado acerca de la necesidad de que los países miembros hagan realidad la igualdad de las personas con limitaciones, y a través de sus distintos organismos ha celebrado convenios, adelantado investigaciones y ejecutado programas de acción conjunta dirigidos a la rehabilitación e integración social de los impedidos, por lo que resulta claro el interés de la comunidad internacional por superar las desigualdades que afrontan las personas por su condición física.

Esto ha sido tenido en cuenta por la Corte Constitucional en sus sentencias relativas al tema de la discapacidad y por eso se ha mostrado rigurosa en la valoración de los casos concretos que se le presentan. En ese sentido se ha manifestado en diferentes oportunidades; en la Sentencia C-128 de 2002 expuso:

Con el objeto de que las personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, puedan superar la limitación que les impide integrarse a la

sociedad, en condiciones de normalidad, las autoridades deben, entre otros aspectos, prever que en todos los lugares se destinen espacios apropiados para el estacionamiento de los vehículos en que aquellas se transporten y regular su uso debidamente, con el objeto de hacer realidad su derecho de acceder al espacio físico, como presupuesto indispensable de igualdad.¹⁸

Es así como con fundamento en los preceptos constitucionales y las normas internacionales que reconocen derechos a los limitados para su desarrollo personal y social, se establecen diferentes medidas para facilitar el acceso de los discapacitados a la educación, el empleo, el bienestar social, la infraestructura física y los bienes de uso público. Del mismo modo, la ley busca fomentar la prevención y rehabilitación de las discapacidades.

La Corte Constitucional ha señalado que la omisión de un trato especial a las personas discapacitadas puede constituir una medida discriminatoria. Esto se fundamenta en que la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales, para poder así ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones.

El concepto de discapacitado surge a partir de las carencias físicas o mentales que dada su relevancia ponen en el terreno de la desigualdad real a quienes las padecen; imponiéndose por tanto a favor de tales personas un trato especial, justamente encaminado hacia la verdadera igualdad. Derecho que para su concreción en todo caso se halla sujeto a múltiples variables que a partir de la Constitución, la ley y el reglamento, pasan por la voluntad política y administrativa de los gobiernos, por los programas y recursos públicos arbitrados al efecto, por las condiciones reales de existencia de la comunidad, y desde luego, por la conciencia social misma, todavía acantonada en la crucial lucha por la supervivencia.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Los presupuestos jurídicos y fácticos que dan lugar al ejercicio efectivo de la igualdad no son absolutos, eternos o inmóviles. Suelen ser relativos, temporales y dinámicos, de suerte que una vez alcanzada la igualdad real para un grupo de personas bien pueden sobrevenir cambios jurídicos o fácticos modificadores de ese statu quo, privilegiando a unos y marginando a otros, sin perjuicio de las situaciones ya consolidadas y de los derechos adquiridos.¹⁹

También consideró la Corte que el grupo de las personas discapacitadas no es homogéneo. La minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas en que se manifiestan las incapacidades (T-207 de 1999).²⁰ Por ese motivo no puede predicarse, en todos los casos, el derecho a la igualdad de trato para todas las personas que sufren en algún grado una incapacidad física o mental. Del mismo modo, no puede afirmarse que por el solo hecho de encontrarse en una situación que comprometa sus capacidades físicas o mentales, las personas tienen derecho a un tratamiento privilegiado en cualquier circunstancia.

El principio de igualdad y el deber de especial protección se contraen a ordenar que las autoridades públicas tengan en consideración las circunstancias concretas de cada persona de manera tal que, al momento de adoptar medidas que puedan ser más gravosas para un grupo específico en virtud de la incapacidad que sufren quienes lo integran, adopten, simultáneamente, los correctivos necesarios para colocarlos en situación de igualdad respecto del resto de los sujetos. Sería entonces válido que una medida pública afectara solamente a un sector de las personas discapacitadas pero no al resto del grupo.

Partiendo de estos presupuestos, la posición de la Corte ha sido garantista en este campo, aplicando parámetros flexibles que en todos los casos favorecen a las personas discapacitadas y permitiendo el trato diferente cuando esto garantice la realización de los presupuestos del Estado Social de Derecho y de los compromisos internacionales asumidos por Colombia.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-559 de 2001, M.P.: Jaime Araújo Rentería.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T- 207 de 1999, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Para ilustrar tal afirmación pueden citarse providencias como la C-401 de 2001, C-599 de 2001 y C-174 de 2004 entre otras, en donde la Corte declara inexecutable o condiciona la interpretación de determinadas normas, porque considera que vulneran el derecho a la igualdad de los discapacitados, concebido como se expuso anteriormente.

En el primer caso, la Corte debe dilucidar si la norma demandada quebranta el derecho de quienes adolecen de una limitación física severa al impedir que estacionen el vehículo que los transporta y accedan con facilidad a los lugares en los que pueden integrarse a la sociedad, teniendo en cuenta que una interpretación literal del texto de la disposición implica que los limitados no habilitados para conducir terminan siendo excluidos de la posibilidad de utilizar espacios preferentes en los estacionamientos.

Sin embargo esa es solo una manera de interpretarlo. Ante tal situación, se determina que aunque lo que pretende la norma es imponer un trato preferente para las personas con limitación que conducen respecto de quienes también lo hacen pero carecen de limitación, con miras a dotar a los primeros del derecho a utilizar los espacios diferenciados por el símbolo internacional de accesibilidad, se considera necesario condicionar la constitucionalidad de la disposición acusada a que se entienda que ella comprende los vehículos que transportan personas incapacitadas, independientemente de que estas los conduzcan. Por lo que no se declara inexecutable la norma pero sí se especifica cuál debe ser su interpretación, de manera que no se vean vulnerados los derechos de los discapacitados.

En la Sentencia C-599 de 2001 el problema jurídico está referido a si los condicionamientos que se le imponen a las personas disminuidas físicamente a efectos de acceder a la doble cuota de subsidio resultan vulneratorios del derecho de igualdad.

La Corte en este caso es clara al afirmar que para efectos de la causación del subsidio familiar sin límites temporales la ley especifica unos sujetos de derecho en razón de su especial condición de discapacitados, lo cual permite concluir que todos los hermanos huérfanos de padre o los hijos que se puedan subsumir dentro de la hipótesis bajo análisis causarán el subsidio sin lugar a discriminación o distinción alguna. El artículo 30 contempló un incremento del 100% sobre el subsidio familiar ordinario (doble cuota) para los casos en que

tales beneficiarios reciban educación o formación profesional especializada en establecimiento idóneo.

Sin embargo, se establece que no puede aplicarse el test de igualdad entre discapacitados que estudian y discapacitados que no estudian, en la medida en que unos y otros se encuentran en situaciones fácticas diferentes (se trata de supuestos distintos que por consiguiente ameritan consecuencias jurídicas diferentes entre sí), si existe discriminación entre los discapacitados que reciben educación o formación profesional especializada y los discapacitados que adelanten estudios de otro tipo o nivel.

Por lo mismo, la Corte dispuso que todos los discapacitados que estudien tienen derecho a percibir doble cuota de subsidio familiar, sin que para nada importe el nivel de educación o formación al cual se hallen vinculados, ni el carácter formal o no formal de la respectiva educación o formación, siempre y cuando adelanten sus estudios en establecimiento idóneo.

En la Sentencia C-174 de 2004 los magistrados debían determinar si con las expresiones acusadas del artículo 12 de la Ley 790 de 2002, con las que se prohíbe para el caso del programa de renovación de la administración pública la desvinculación de las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, se vulneran los artículos 13 y 25 superiores por cuanto se establece un trato preferente para dichas personas que discriminaría a otras que se encuentran en condiciones iguales o mejores para cumplir las funciones públicas; y los artículos 2 y 209 superiores por cuanto la medida no garantizaría el cumplimiento eficiente de las funciones públicas y el cumplimiento de los fines estatales a cargo de la administración.

Ante este problema jurídico, la Corte protege a las personas discapacitadas con estas razones:

La protección especial que se brinda a estas personas no contradice sino que atiende y desarrolla dicho texto superior, que no establece una igualdad formal sino que pretende asegurar la igualdad material y la vigencia de un orden justo a través, entre otras cosas, de acciones afirmativas que contrarresten los efectos de la discriminación de que han sido objeto determinados

grupos sociales, a la vez que protejan particularmente aquellas personas que por su condición económica física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Contrariamente a lo que considera el actor, las funciones que se le asignen a las personas con discapacidad –luego de determinarse en el proceso de selección cuáles son las aptitudes requeridas para cada cargo y de establecerse que el candidato corresponde al perfil requerido para el mismo–, deberán ser cumplidas plenamente y estarán sometidas a una exigencia y evaluación idéntica a la de cualquier servidor público.

[...] Atienden lo ordenado en el artículo 209 superior que establece que la función administrativa estará al servicio de los intereses generales y se desarrollará –junto con los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad–, con fundamento en primer lugar en el principio de igualdad. Principio que como ya se señaló implica tanto la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, la adopción de medidas a favor de los grupos discriminados o marginados, así como la protección especial de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.²¹

Finalmente, en la Sentencia C-128 de 2002²² el problema jurídico consiste en establecer si se vulneran los derechos fundamentales de los sordos al declarar la lengua manual colombiana como idioma propio de la comunidad sorda y darle privilegios a esta lengua como metodología de enseñanza y aprendizaje para la comunidad con limitaciones auditivas.

Para la Corte, en un análisis preliminar, aparece discriminatorio que el Estado defienda y subvencione preferentemente una estrategia pedagógica para las personas con limitaciones físicas, si otras metodologías muestran éxitos similares, pues de esta manera podría estar deteniéndose el pluralismo educativo, a pesar de que el Estado tiene la obligación de promoverlo (C.P. artículos 8.º,

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 2004, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

²² Corte Constitucional, Sentencia C-128 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

68, 70), y se estaría desincentivando el desarrollo de la educación, la ciencia y la cultura, a pesar de que una de las obligaciones constitucionales del Estado es fomentar la expansión de esos campos.

Teniendo en cuenta esos argumentos, la Corte concluye que la interpretación de las disposiciones acusadas según la cual estas implican un apoyo privilegiado y casi exclusivo al idioma de señas es inconstitucional. Sin embargo, la Corte encuentra que con el fomento de estrategias pedagógicas se propende porque exista un apoyo estatal a la formación en lengua manual y a la presencia de intérpretes para que los discapacitados auditivos que recurren a este idioma puedan acceder a los servicios que el Estado confiere a todos los colombianos. Por esta razón se conserva la norma acusada como fue redactada originalmente.

Existe un caso en el que la Corte Constitucional no modifica en manera alguna la norma demandada, que es entendida por algunos discapacitados como discriminatoria; en este caso se privilegian otros derechos fundamentales del ordenamiento sobre los derechos de los discapacitados.

Así, en la Sentencia C-156 de 2004²³ la Corte Constitucional se pregunta si desconoce la norma parcialmente acusada los derechos a la igualdad y a la libertad de asociación de los discapacitados que requieren el empleo de instrumentos ortopédicos y el uso de vehículos provistos de mecanismos u otros medios auxiliares que les capaciten para el ejercicio de la conducción, el impedirles obtener la licencia para manejar vehículos de servicio público que no sea individual.

La norma acusada establece un trato diferencial entre dos grupos, con relación a la posibilidad de obtener una licencia de conducción de vehículos de servicio público no individuales. El primero de los grupos es el de las personas que requieren para conducir usar un vehículo o instrumentos ortopédicos y que éste esté provisto de mecanismos u otros medios auxiliares. El segundo grupo es el de todas aquellas personas que no requieren emplear instrumentos ortopédicos y acondicionar el vehículo para conducirlo.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2004, M.P.: Manuel José Cepeda.

El trato diferente consiste en que al segundo grupo se le concede el derecho a obtener una licencia de conducción para vehículos de servicio público no individual, siempre y cuando se demuestre capacidad para conducir de acuerdo con los parámetros y requisitos legal y reglamentariamente establecidos, mientras que al primer grupo no se le permite obtener este tipo de licencia, aun si se demuestra que la persona sí tiene la capacidad para manejar, con las ayudas mecánicas y ortopédicas respectivas.

Es importante tener en cuenta que en el caso concreto el criterio de distinción entre uno y otro grupo no es ser discapacitado, sino tener una discapacidad tal que para poder conducir se requiera usar instrumentos ortopédicos y acondicionar el vehículo. Aquí resulta aplicable la teoría de la Corte según la cual los discapacitados no son un grupo homogéneo y debe atenderse a sus diferencias internas a la hora de tomar una decisión.

La Corte considera que una norma que impide obtener la licencia de conducción de vehículos de servicio público colectivo a las personas que requieran, para poder conducir, usar instrumentos ortopédicos y acondicionar el vehículo es razonable constitucionalmente, por cuanto busca un fin importante, mediante un medio que no está prohibido y que es conducente a la obtención del fin buscado. El artículo 21 del Código, en su parte acusada, tiene el propósito de salvaguardar los derechos constitucionales fundamentales a la vida, la integridad y la seguridad.

Otro caso relevante desde el punto de vista jurisprudencial se encuentra en la Sentencia C-478 de 2003, en donde se demanda el numeral 3.º del artículo 140 del Código Civil, que rezaba:

El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes:

Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura y en los mentecatos a quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.

En tal oportunidad la Corte Constitucional encuentra inadecuados los términos que se usan para referirse a las personas que no gozan de capacidad en los casos señalados, y accediendo a las pretensiones del demandante, manifiesta su posición al respecto:

Si bien la finalidad que persigue la norma se ajusta a la Constitución, es evidente que los términos empleados por el Legislador de la época para referirse al caso en que se presume la falta de consentimiento para contraer matrimonio de quien es incapaz en razón a su condición mental, son contrarios a la dignidad humana y por ende *discriminatorios*. Por lo tanto, si bien deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico, no es posible expulsar las solas expresiones demandadas, resultando necesaria en este caso su integración normativa a fin de poderlas retirar del ordenamiento jurídico, permitiendo a su vez, que el contenido normativo que sí resulta constitucional no pierda sentido y armonice con el sistema jurídico del que forma parte. Por lo tanto, la Corte declarará inexecutable la expresión “... los furiosos locos, mientras permanecieren en la locura, y en los mentecatos a...” del numeral 3.º del artículo 140 del Código Civil.

Así entonces, dicho numeral queda de la siguiente manera: “Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. Pero los sordomudos si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio.”²⁴

En esa misma oportunidad y alegando argumentos similares, se demandan los artículos 545 y 554 del Código Civil, sobre las reglas relativas a la curaduría del demente, en donde se utilizan expresiones como “adulto en estado de *imbecilidad* o *idiotismo* [...] *locura furiosa*” y “casa de locos”.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

Frente a todos estos términos, la Corte garantiza la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la igualdad y los declara inexecutable trayendo a colación, además de la jurisprudencia anterior relativa a la protección de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, protección que es deber del Estado, los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”, del 17 de diciembre de 1991, los cuales disponen:

No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por “discriminación” se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas discriminación.

[...] las decisiones sobre la capacidad y la necesidad de un representante personal se revisarán en los intervalos razonables previstos en la legislación nacional.

Cuando una corte u otro tribunal competente determine que una persona que padece una enfermedad mental no puede ocuparse de sus propios asuntos, se adoptarán medidas, hasta donde sea necesario y apropiado a la condición de esa persona, para asegurar la protección de sus intereses.

Asimismo, la decisión de la Corte se basa en la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, declarada executable por la Corte en Sentencia C-401 de 2003, con ponencia del magistrado Álvaro Tafur Galvis, suscrita en Guatemala el 7 de junio de 1999. Este texto en el literal b) de su artículo 2.º dispone: “En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”.

A partir de la jurisprudencia citada anteriormente, puede concluirse que la Corte Constitucional se ha mostrado garantista en cuanto a la protección

de las personas con discapacidad, especialmente en lo referente al tema de la igualdad, que ocupa el presente estudio. Asimismo, resulta claro que dicha protección y trato especial no se limita a lo que convencionalmente se entiende como tal (salud, rehabilitación y asistencialismo), sino que abarca además medidas como el reconocimiento de derechos específicos y la lucha contra la discriminación, que llegó a extenderse incluso al lenguaje, desarrollando de esta manera ampliamente el artículo 13 de la Carta Política, base del derecho a la igualdad en Colombia.

6.7. Discriminación en atención a origen familiar

Según el artículo 13 superior:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades *sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...* [Cursivas fuera del texto]

A partir de esta disposición, la misma Constitución proscribe la discriminación por razones de origen familiar (artículo 42 superior).²⁵ Con fundamento en ello, la Corte en todos sus fallos ha dejado claro que son contrarias a la Constitución todas las normas que establezcan diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones entre los descendientes legítimos, extramatrimoniales o adoptivos.

Adicionalmente, como se indica en la Sentencia C-016 de 2004,²⁶ en atención al mandato contenido en los artículos 5.º y 42 superiores, el amparo a la familia –constituida por vínculos naturales o jurídicos– como institución básica de la sociedad debe darse por el Estado y la sociedad sin discriminación alguna. Así, la Constitución pone en un plano de igualdad a la familia

²⁵ Desde antes de la expedición de la Constitución de 1991, el artículo 1.º de la Ley 29 de 1982 señalaba: “Los hijos son legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones”.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-016 de 2004, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

constituida “por vínculos naturales o jurídicos”, es decir, a la que surge de la “voluntad responsable de conformarla” y a la que tiene su origen en el matrimonio (C-1033 de 2002).

Existe un número importante de sentencias que abordan el tema de la discriminación por razón del origen familiar, y en la mayoría de ellas la Corte ampara el derecho a la igualdad. A manera de ejemplo pueden citarse las sentencias C-109 de 1995, C-1287 de 2001, C-1033 de 2002, C-016 de 2004 y C-310 de 2004.

En la Sentencia C-1033 de 2002 la Corte debe verificar si la norma acusada vulnera el principio de igualdad al no incluir a los integrantes de la unión marital de hecho (Ley 54 de 1990) como sujetos pasivos de la obligación alimentaria, a pesar de que la Constitución Política protege tanto a la familia formada por vínculos jurídicos como la fundada en vínculos naturales. Ante esta situación, se determina que el precepto impugnado otorga la calidad de sujeto pasivo de la obligación alimentaria al cónyuge. Sin embargo, no establece, como es obvio por la fecha en que se instituyó dicha normativa, el mismo derecho para quienes son integrantes de una familia conformada por vínculos naturales, es decir, para los compañeros permanentes, lo cual resulta inconstitucional por cuanto la Carta Política consagra la igualdad de derechos y deberes entre las parejas o familias conformadas por vínculos jurídicos y las fundadas en vínculos naturales.

Demostrada la inconstitucionalidad del numeral acusado habría lugar a declarar su inexecutable, caso en el cual la Corte Constitucional actuaría como un simple Legislador negativo y no como el órgano a quien el Constituyente en el Estado Social de Derecho confió la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Por ello en aplicación del principio de conservación del derecho y en aras de respetar el principio democrático y garantizar la seguridad jurídica, se proferirá una sentencia integradora, que permita mantener en el ordenamiento jurídico dicha disposición del Código Civil pero condicionando su executable a una interpretación que respete los valores, principios y derechos consagrados en el ordenamiento superior. Esto es, que el numeral 1.º del artículo 411 del Código Civil se ajusta a la

Constitución, siempre y cuando se entienda que dichas normas también se aplican a los compañeros permanentes.²⁷

En la Sentencia C-016 de 2004 el problema jurídico consiste en identificar si la expresión “cónyuge” contenida en el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, que define el delito de inasistencia alimentaria, desconoce los artículos 5.º, 13 y 42 superiores, por cuanto excluye a los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho de la posibilidad de ejercer la acción penal por dicho delito, a pesar de que tanto la Constitución como la ley establecen la protección de la familia independientemente de la naturaleza del vínculo –natural o jurídico– que la crea.

La Corte afirma en el caso concreto que no resulta razonable ni proporcionado que si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, se establezca un tratamiento desigual por el Legislador en la tipificación del delito de inasistencia alimentaria para los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar.

Existiendo idéntica obligación legal de suministrar alimentos en ambos casos, sancionar penalmente solamente el incumplimiento de dicha obligación por parte de los cónyuges, excluyendo a los compañeros permanentes que conforman dicha unión marital de hecho, implica una discriminación contraria a la Constitución.

En el caso citado, el Legislador, en la tipificación del delito de inasistencia alimentaria, al que alude el artículo 233 de la Ley 599 de 2000, contrarió la Constitución al no establecer para los compañeros permanentes que conforman una unión marital de hecho el mismo tratamiento dado a los cónyuges en

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1033 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

relación con la protección penal de la obligación de prestar alimentos, sin que para ello existiera una causa constitucionalmente legítima.

En otras sentencias la Corte se ha abstenido de declarar inconstitucionales las normas que se demandan como discriminatorias por razones de origen familiar, generalmente por la indebida interpretación de las normas por parte de quienes interponen la acción de constitucionalidad. Como ejemplos cabe citar las sentencias C-114 de 1996, C-174 de 1996 y C-932 de 2004.

6.8. Igualdad frente a grupos étnicos y culturales

Los grupos étnicos y culturales gozan de una protección especial a la luz de la Constitución Política de 1991, por lo que el principio de igualdad tiene frente a las comunidades afrocolombianas, indígenas y raizales unos matices que lo caracterizan y resultan de especial relevancia para el presente estudio.

Según la Sentencia C-454 de 1999:

... la consagración explícita de la igualdad tiene por lo menos tres dimensiones en la Constitución: como generalidad, como equiparación y como diferenciación, así:

- La igualdad como generalidad: es la consagración de la igualdad ante la ley para efectos de los derechos y deberes, así como de los procedimientos. Está consagrada en la Carta en las siguientes materias y disposiciones: a) Designada por la palabra "personas": arts. 2.º, 8.º, 30, 38, 42, 46, 91, 92 y 95. b) Designada por la alocución "todos": arts. 13, 14, 15, 16, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 36, 49, 52, 54, 67, 69, 74, 79, 86, 87 y 229. c) Designada por la palabra "los colombianos": arts. 24, 35, 57, 70, 95 y 216. d) Designada por la palabra "nadie": arts. 12, 18, 29 y 33. e) Y designada por la expresión "ciudadano": 40 y 95.

- La igualdad como equiparación: se encuentra consagrada en los artículos 43 (igualdad de la mujer y el hombre), y en el artículo 42 (igualdad de derechos y deberes de la pareja).

- *La igualdad como diferenciación: es la diferencia entre distintos. Está regulada en el artículo 13 incisos 2.º y 3.º (adopción de medidas en favor*

*de grupos marginados o débiles), artículo 58 (criterios para fijar la indemnización por expropiación: los intereses de la comunidad y del afectado), y artículos 95.9 y 362 (principios tributarios: equidad y progresividad).
[...]*

El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

- En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;
- En segundo lugar, que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad;
- En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;
- En cuarto lugar, que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;
- Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.

Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato diferente será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución.²⁸ [Cursivas fuera del texto original.]

La diferencia de trato entre las personas es, entonces, admisible en el caso de los grupos étnicos y culturales respecto del resto de la población, aunque bajo los parámetros citados anteriormente por la Corte Constitucional. Teniendo en cuenta tales consideraciones, dicho organismo se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre la aplicación del principio de igualdad.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 1999, M.P.: Fabio Morón Díaz.

6.8.1. Jurisprudencia referente a la comunidad afrocolombiana

La Corte Constitucional ha sido especialmente garantista en el caso de la comunidad afrocolombiana y ha permitido que la ley le otorgue beneficios especiales, en tanto resultan mecanismos que garantizan el ejercicio de sus derechos y su consolidación como grupo cultural.

A manera de ejemplo puede citarse la Sentencia C-169 de 2001, en donde se presenta un caso de revisión constitucional oficiosa de la ley estatutaria que reglamenta la circunscripciones especiales en el Congreso. En este caso la Corte Constitucional afirma algo que, perfectamente, puede predicarse de manera general para explicar las diferencias de trato:

[Inicio de cita] ... el proyecto se encuentra a tono con el principio constitucional de igualdad. Es un hecho notorio el que, en el contexto social colombiano, las diferencias y desigualdades se intersectan y se superponen unas a otras, convirtiendo a ciertos grupos en sectores particularmente vulnerables. Es así como las diferencias derivadas de la identidad étnica, del origen “racial” o de la afiliación política, coinciden, por factores históricos, con desigualdades en el acceso a los recursos económicos y a la participación en el sector público, generando un círculo vicioso de causalidades recíprocas que actúa siempre en detrimento de la colectividad en cuestión. El caso de las comunidades indígenas y negros es, a este respecto, paradigmático: localizadas, como regla general, en la periferia geográfica y económica del país, sufren de elevados niveles de pobreza y marginación económica. Por lo mismo, se ubican de inmediato entre los grupos que por sus condiciones de indefensión merecen una protección especial por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 superior. En ese sentido, el proyecto bajo revisión es una medida válida de discriminación positiva, puesto que asigna a determinadas categorías sociales una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos –quienes no tienen una circunscripción especial a su favor–, como medio para contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan

y lograr, así, una mayor posibilidad de que accedan a los beneficios que justamente les corresponden.²⁹

Asimismo, se pronuncia la Corte sobre un aspecto de la ley según el cual se hace una diferencia en los requisitos exigidos a quienes aspiren a ser candidatos por las comunidades negras frente a quienes aspiran a ser candidatos por las comunidades indígenas, siendo los segundos mucho más exigentes. Según la Corporación y en concordancia con sus manifestaciones previas, no se lesiona el derecho a la igualdad por cuanto, tras un análisis histórico, resulta claro que el proceso organizativo de las comunidades negras, más allá del ámbito local o regional, se halla apenas en sus primeras fases, al contrario de lo que ocurre con los indígenas, que ya cuentan con una sólida organización a nivel nacional y departamental. De esta manera, la consagración de parámetros más flexibles constituye un reconocimiento de la realidad específica de los grupos negros, y por lo mismo, resulta acorde con la Carta Política.

Sin embargo, la Corte no ha sido laxa en cuanto a la observación de los requisitos formales fijados por la Carta Política y la jurisprudencia a la hora de determinar si la concesión de los beneficios aludidos resulta viable desde el punto de vista constitucional.

Es así como en la Sentencia C-484 de 1996, en donde el problema jurídico que debió resolver la Corte Constitucional consistía en determinar si el establecimiento de una circunscripción nacional especial para la elección de dos miembros de las comunidades negras del país para la Cámara de Representantes vulneraba el principio de igualdad contemplado en la Constitución (en su artículo 13) y en los pactos internacionales, la Corte tuvo que declarar inexecutable la disposición acusada, aunque no motivada por una vulneración al derecho a la igualdad, sino porque no surtió el trámite correcto en el Congreso (ley estatutaria).

La Corte fue enfática al declarar que la creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los pro-

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2001, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

cesos electorales, pues a través de ella se modifica –en mayor o menor medida– la forma en que surge la representación política. No debe desconocerse que la distribución de las circunscripciones puede conducir a que algunas regiones o grupos sociales específicos obtengan una sobrerrepresentación con relación a otras regiones o grupos.

Por este motivo, el establecimiento de la circunscripción electoral nacional especial para las comunidades negras habría debido decidirse a través de una ley estatutaria. Las circunscripciones son parte integral de ese todo coherente que regula lo relacionado con las elecciones, pero además determinan fundamentalmente los resultados que arroja el sistema electoral.

6.8.2. Jurisprudencia referente a las comunidades indígenas

Es deber del Estado, establecido constitucionalmente, la protección especial a las comunidades indígenas de tal manera que se logre salvaguardar su idiosincrasia cultural. Por lo tanto deben tomarse medidas tendientes no solo a su supervivencia sino también a la conservación de su autonomía e integridad territorial, teniendo en cuenta que dichas comunidades son diversas y tienen necesidades particulares, y aceptando que en cuanto más minoritario sea un grupo mayor debe ser la protección que reciba, pues es la única forma de garantizar el ejercicio real de sus derechos.

Dicha protección especial se refleja ampliamente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que es abiertamente garantista cuando de velar por los derechos de las comunidades indígenas se trata. Ejemplos de tal situación se manifiestan en las sentencias C-058 de 1994, C-007 de 1995, C-139 de 1996, C-535 de 1996 y C-791 de 2002, entre otras.

El primer caso resulta relevante porque se introduce la idea según la cual en ocasiones, para que el Estado pueda proteger efectivamente los derechos constitucionales de las personas, debe introducir diferencias legislativas de trato entre ellas. Por supuesto no debe darse un ejercicio caprichoso ni arbitrario de tal potestad, esta se fundamenta en las circunstancias y condiciones particulares de algunos grupos de personas que requieren medidas exclusivas. En el caso de los indígenas, son considerados como una “minoría

en riesgo” que como tal se constituye en un grupo étnico sujeto a especial protección estatal bajo el marco del artículo 13 de la Carta Política.

En este sentido, la Sentencia C-139 de 1996 resulta de especial relevancia por cuanto se refiere a la importancia de la autonomía de las comunidades indígenas y a los límites que constitucionalmente deben imponerse a dicha prerrogativa, considerando para el efecto que la labor más importante del Estado frente a las comunidades étnicas consiste en conservar la diversidad en la unidad, interpretándola adecuadamente para no afectar las tradiciones y el legado de nuestros pueblos indígenas, y teniendo en cuenta que los valores étnicos deben ser analizados en concreto y no en abstracto, como se hace con conceptos como el de ciudadanía, pues de tomarse parámetros generales no podrían adecuarse posteriormente a la realidad social que enfrentan estos grupos.

Es así como se analiza la jurisdicción indígena consagrada en la Carta y se fija su alcance. El artículo 246 de la Constitución Política establece:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Por su parte, la Corte Constitucional se pronuncia sobre la jurisdicción indígena en Colombia en los siguientes términos:

... son los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas –que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de

creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional [...].

El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, *siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley*.

La Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (artículo 7.º), pero establece la limitación de esta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330). Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto esta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta.³⁰

Los indígenas no solo gozan de un tratamiento diferenciado en el campo jurisdiccional, como ya se vio, sino también desde el punto de vista de los métodos de protección de sus derechos fundamentales, ejemplo paradigmático de tal situación es la forma en que se materializa su derecho a la salud.

Se ha establecido en diferentes normas que los miembros de estos grupos étnicos no pertenecen al sistema general de seguridad social en salud bajo el trato común que reciben los demás habitantes del territorio, en virtud de su diversidad cultural y la protección especial a que se ha comprometido el Estado nacional e internacionalmente, por medio de la suscripción y ratificación de tratados, fundamentalmente.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el particular en sentencias como la C-825 de 2001 y la C-791 de 2002. En el primer caso, la Corte debía analizar el artículo 20 del proyecto de ley No. 67/99 Senado - 193/99 Cámara, “mediante el cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”. Según ese artículo los servicios de salud que se presten a los miembros de pueblos indígenas del régimen subsidiado estarán exentos del cobro de cuotas moderadoras y copagos; fue declarado exequible teniendo en cuenta la dificultad económica de acceso de los indígenas al sistema de salud.

En ese mismo sentido, en la Sentencia C-791 de 2002,⁵¹ que trató el tema de la exclusión de los indígenas del sistema de seguridad social en salud, la Corte reiteró su postura según la cual existe un expreso mandato constitucional que determina al Estado para reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación. Ese imperativo justifica un tratamiento diferenciado para las comunidades indígenas en materia de seguridad social en salud, y esa circunstancia especial fue tomada en cuenta por el Legislador en el caso concreto que se analizó. Aun cuando el asunto no fue planteado inicialmente por el Gobierno, su inclusión obedeció a la proposición aditiva formulada por el congresista Jesús Enrique Piñacué Achicué, quien además de justificar la importancia de esa medida en términos constitucionales, la consideró necesaria desde una perspectiva funcional de seguridad social en salud.

6.8.3. Jurisprudencia relativa a la comunidad raizal

La Corte Constitucional se ha referido en diversas oportunidades a la comunidad raizal y ha fijado las particularidades que este grupo presenta y que justifican un trato diferenciado frente al común de la población.

En la Sentencia C-454 de 1999 se acusa el artículo 9.º de la Ley 152 de 1994, según el cual se determina la conformación del Consejo Nacional de Planeación, por cuanto el demandante consideraba que se estaba concediendo

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C-791 de 2002, M.P.: Eduardo Montealegre Lynnet.

una doble representación a la comunidad negra al prever que tendría asiento un miembro de la comunidad raizal de San Andrés y Providencia y uno de la raza negra, pues, a su parecer, los dos estarían representando un mismo grupo étnico.

La Corte Constitucional en esta oportunidad ampara los derechos de la comunidad afrocolombiana y establece que existe una diferencia importante entre dicha comunidad y la raizal, definiéndolas y especificando en qué consiste su diversidad, en los siguientes términos:

La población “raizal” de San Andrés y Providencia es un grupo étnico perfectamente definido, como lo evidencian su aspecto físico, sus costumbres, su idioma y su pertenencia mayoritaria al Protestantismo. Negarle tal carácter aduciendo que las islas fueron pobladas por gentes de diversos orígenes raciales, es razón baladí, pues bien es sabido que no existen razas puras.³²

Asimismo, en otro pronunciamiento sobre el tema consignado en Sentencia C-053 de 1999, el juez constitucional reiteró la siguiente consideración, originaria de la Sentencia C-530 de 1993:

La cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado y tiene la calidad de riqueza de la Nación. El incremento de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo, que es también patrimonio de toda la Nación.³³

A partir de estas consideraciones, la Corte Constitucional ha reconocido a la comunidad raizal las mismas prerrogativas especiales (adaptadas a sus

³² Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 1999, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

necesidades específicas) de las que gozan los demás grupos étnicos y culturales en nuestro país, posición que se ha mantenido constante en el tiempo y en donde se justifica el trato diferenciado para la protección efectiva de los derechos fundamentales y la preservación de la riqueza cultural colombiana.

En la Sentencia C-053 de 1999 la Corte tuvo que analizar si el artículo 42 de la Ley 47 de 1993 vulneraba el derecho a la igualdad al establecer como idiomas oficiales en el archipiélago de San Andrés el inglés y el castellano, y pretender que los dos fueran enseñados en dicho territorio sin determinar qué espacio real ocupan las comunidades raizales. En esa oportunidad, la Corte aseguró que en las regiones del país que cuentan con una identidad lingüística propia, reconocida como oficial, se desarrollan los fines del Estado –proteger la riqueza cultural– cuando se exige al maestro que no ignore el uso de la lengua local. Pero esto no obsta para que se establezcan autónomamente los contenidos de su cátedra. Por el contrario, garantiza que su misión educadora sea eficaz y cumpla su propósito. Por otra parte, la negativa del Estado de fomentar en el medio educativo el uso de la lengua nativa oficial, sí supondría una violación a la igualdad, al discriminar, sin razón admisible, entre expresiones lingüísticas legítimas.

Es así como la Corte determina que el conocimiento de la lengua nativa oficial es muestra de debida consideración y respeto hacia dicha comunidad, y que eso representa un factor decisivo para generar una cultura de paz en Colombia.

6.9. Igualdad en materia tributaria

La regulación tributaria ha sido desarrollada extensamente por la Corte Constitucional, en concordancia con los principios de progresividad, equidad y eficiencia del sistema tributario, en los términos de la Constitución.

De esta forma, con motivo del pago de los tributos, que constituye una obligación en cabeza del contribuyente, se ha desarrollado importante jurisprudencia sobre los parámetros que debe seguir la Administración para que no incurra en abusos y arbitrariedades que pierdan de vista el real alcance que tiene la imposición de la carga tributaria en aplicación de los principios tributarios.

6.9.1. Igualdad tributaria

La Corte Constitucional desarrolló, con base en los principios tributarios, las obligaciones a las cuales se encuentran sujetos, tanto el extremo activo, que radica en el Estado, como el sujeto pasivo, es decir el contribuyente. Es así como el administrado tiene obligaciones, pero sometidas a la distribución equitativa que hace el Legislador, de acuerdo a la capacidad económica que tenga cada contribuyente. Al respecto, la Sentencia C-511 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, explicó: “El Legislador debe promover una igualdad de trato, como los beneficios y las cargas sociales, deben distribuirse equitativamente entre las personas [...] la igualdad sustancial no es compatible con clasificaciones y distinciones con otros grupos, basados en elementos desprovistos de justificación objetiva en relación con la medida tomada”.

Otro ejemplo del principio de igualdad en materia tributaria se observa en la Sentencia C-002 de 1998, M.P.: Jorge Arango Mejía, en la cual se analizó la representación de cacaoteros basada en la producción de los departamentos. Esa providencia dijo que:

Según la justicia distributiva, es equitativo no otorgar el mismo derecho a personas que no están en condiciones iguales. En efecto, si bien es cierto que lato sensu todos los cultivadores de cacao tienen en común el compartir la misma actividad, no todos tienen la misma eficiencia, ni producen la misma cantidad del grano. Estas últimas observaciones, con todo lo que implican en aspectos tales como capital, instalaciones, tecnología y técnicas de administración, plantea la existencia de diferencias objetivas entre los cacaoteros, diferencias que, a juicio de la Corte, justifican el tratamiento distinto que la ley demandada da a los asociados en punto a la representación proporcional a la producción. En resumen, no estando todos los cultivadores en idénticas condiciones, es lícito que existan ciertas diferencias legales en su tratamiento.

6.9.2. Obligaciones de los extremos de la obligación tributaria

Una vez sentadas las bases por medio de las cuales debe el contribuyente participar en el sistema tributario regido bajo los principios ya mencionados,

se encuentra cómo la Corte Constitucional ha analizado las obligaciones de los extremos de la obligación tributaria. Por ejemplo, mediante Sentencia C-188 de 1999, la Corte analizó las sanciones por mora derivadas del incumplimiento por una de las partes (la Administración o el deudor). En esa oportunidad, la Corte sentó un importante precedente en el plano de igualdad de condiciones entre las dos partes, en tanto que la Administración, por revestir su titularidad tributaria, no puede eximirse de sanciones derivadas del incumplimiento, como se impondría en la misma situación a los contribuyentes. Esa sentencia manifestó que:

Para la Corte es claro que el principio de igualdad y la equidad imponen que en estos casos las dos partes reciban igual trato, sin que se justifique en modo alguno que mientras el Estado cobra a los contribuyentes intereses moratorios cuando ellos no pagan a tiempo los impuestos, y ello a partir del primer día de retardo en el pago, las obligaciones en mora a cargo del Estado deban forzosamente permanecer libres de la obligación de cancelar dichos réditos durante seis meses, con notorio perjuicio para los particulares que han debido recibir oportunamente los recursos pactados [...] Es evidente la vulneración del artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que, con independencia de si el deudor es el gobernado o el ente oficial, el hecho es el mismo; la circunstancia es equivalente; el daño económico que sufre el acreedor por causa de la mora es idéntico; y las obligaciones asumidas por las Entidades Públicas no tienen alcance jurídico diverso de las que están a cargo de las personas privadas.³⁴

De hecho, los privilegios de la Administración propios del “príncipe” quedan protegidos mediante el privilegio del cobro coactivo en caso de incumplimiento del administrado. Es así como la Sentencia C-939 de 2003 señaló los eventos en los cuales puede iniciar este tipo de cobros y las circunstancias bajo las cuales debe participar del mismo. Señala la sentencia que

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 1999, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

... la facultad excepcional de que dispone la Administración para que sin perjuicio de intervenir en el proceso de liquidación de sociedades civiles y comerciales adelante procesos de cobro coactivo así como en los procesos sucesorales pese a tener que acudir a ellos de manera obligatoria, encuentra un sólido soporte en la Constitución de 1991, tal y como lo ha venido considerando esta Corporación en diversos fallos [...] La DIAN puede iniciar un cobro coactivo independiente, a fin de salvaguardar el interés general, representado en unos créditos a su favor. De allí que jamás se puedan dar decisiones encontradas entre el proceso sucesoral y el de cobro coactivo.³⁵

En esa misma línea de pensamiento, ahora, respecto de la responsabilidad que tiene el Estado con los administrados y ya puesta de presente la posición respecto del extremo activo de la obligación tributaria, es preciso entrar a verificar el otro extremo, como son las obligaciones que tiene a su cargo el contribuyente. Así, la Sentencia C-296 de 1999, que analiza la corrección de la declaración tributaria, rescata el sentido y el objetivo del sistema de cargas tributarias, así:

El pago de tributos en el marco del Estado social de derecho constituye, además de una obligación ciudadana, un instrumento indispensable para alcanzar los propósitos de una sociedad más justa y equitativa. “El sistema tributario en el Estado social de derecho es el efecto agregado de la solidaridad de las personas, valor constitucional fundante, que impone a las autoridades la misión de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares [...]” (Corte Constitucional. Sentencia C-015/93, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz). Entre ellos, la efectividad del deber social de toda persona de “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro del concepto de justicia y equidad” (art. 95-9, C.P.).³⁶

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-939 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-296 de 1999, M.P.: Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleno.

Finalmente, respecto de la carga tributaria, de la cual se deriva la capacidad contributiva como parámetro que el Legislador toma para fijar los obligados a contribuir y el porcentaje de esa obligación, la Sentencia C-913 de 2003 expresó:

Encuentra la Corte que lo acusado del artículo 91 de la Ley 788 de 2002 no vulnera el principio constitucional de la capacidad contributiva, pues en primer lugar, está claro que allí el Legislador propiamente no está creando un tributo sino fijando la forma de recaudo del impuesto sobre la renta en los casos de indemnizaciones distintas a las salariales, las percibidas por los nacionales como resultado de demandas contra el Estado y contempladas en los artículos 45 y 223 del Estatuto Tributario.

Además, debe tenerse presente que como la norma bajo revisión no tiene por objeto establecer un tributo sino señalar la forma en que debe recaudarse el impuesto de renta en indemnizaciones, es inapropiado hablar en este caso de violación al principio de equidad tributaria, pues según se ha explicado anteriormente, los obligados a practicar retención en la fuente no son quienes soportan la carga económica del tributo, sino simplemente agentes que recaudan el impuesto de renta a nombre del Estado.³⁷

6.9.3. Tributos

En materia de los ingresos del Estado, la Corte constitucional ha sido enfática en respetar el principio de igualdad económica en el sentido de que cada tributo debe ser definido mediante criterios que garanticen una igualdad real y efectiva. El artículo 13 de la Constitución Política consagra un principio de igualdad en el sentido de dar un trato igual a los iguales y un trato desigual a los desiguales. Por lo tanto, para fijar un tributo el Legislador debe tener en cuenta varios parámetros, entre ellos la capacidad económica y los principios tributarios constitucionales. De hecho, esas líneas rectoras en el tema tributario no solo deben ser tenidas en cuenta por el Legislador al configurar el derecho

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-913 de 2003, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

sino también por la Administración cuando aplica la ley y ejecuta sus prerrogativas. Ilustra esas limitaciones al poder público la Sentencia C-103 de 1993, en donde se discutió el tema de la fijación del impuesto a las remesas de las sociedades extranjeras constituidas en Colombia a partir del año 1991; al respecto dijo:

En cuanto las sociedades extranjeras, se ha presentado un tratamiento legislativo de orden tributario con características de diferenciación justificada pues para efectos de la aplicación de la tarifa del impuesto de remesas debe presentarse una clara distinción con las inversiones nuevas de las que se hubiesen asentado en Colombia antes de 1991.

Esta diferencia se deriva en que con las normas acusadas se establecieron mejores condiciones para la nueva inversión extranjera, dada la situación de atraso en la formación interna del capital y las evidentes necesidades del mismo para promover el desarrollo, la modernización y la apertura, lo que sí permite una distinción tributaria.³⁸

Por otra parte, la jurisprudencia ha hecho énfasis en que los tributos en ningún momento pueden desconocer la libertad económica, ya que la imposición de los mismos se fundamenta en el principio de solidaridad consagrado en nuestra Constitución.

En materia de recaudo de los impuestos, el Legislador ha implementado varios sistemas plenamente avalados por la Corte Constitucional, en tanto que se consideró que se comparaban situaciones fácticas distintas, por lo que resultaba válido establecer una consecuencia jurídica disímil. En Sentencia C-1383 de 2000, la Corte manifestó que:

... la consagración de un régimen común –que es el que se aplica de manera general– y otro simplificado –excepcional– en relación al recaudo y pago del impuesto sobre las ventas, se fundamenta en criterios objetivos que guardan

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-103 de 1993, M.P.: Fabio Morón Díaz.

estrecha relación con la capacidad económica y productiva del responsable del gravamen.

6.9.4. Recursos parafiscales

En materia de recursos parafiscales la Corte Constitucional, en Sentencia C-678 de 1998, señaló que el cobro de estos valores solo para ciertos gremios de la población no viola el derecho a la igualdad, pues:

La Constitución faculta al Congreso para establecer excepcionalmente la creación de recursos parafiscales, distintos de las rentas fiscales; los recursos parafiscales no afectan el fisco, no hacen parte de los ingresos presupuestales del Estado, al contrario, el Legislador puede crearlos, en los casos en que considere que se justifica por razones de interés social y en sectores en los que sea posible la aplicación de este sistema excepcional para los fines señalados por la propia ley que los crea [...] La ley opera como uno de los principales instrumentos para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, por lo tanto el establecimiento de la Cuota de Fomento Ganadero y Lechero no hace otra cosa que ayudar a realizar los deberes que le impone la Carta a los poderes públicos, al establecer contribuciones como apoyo a la producción pecuaria [...] Se trata de dos actividades distintas (producción de leche y de carne). La cuota de fomento es una contribución parafiscal que grava hechos y no personas, contribución que redunda sobre todos los que se dedican al desarrollo de la misma actividad económica a cuyo fomento se encuentra destinada. Queda claro que la Ley 89 de 1993, no presenta un trato diferente o discriminatorio entre los contribuyentes.³⁹

También es de resaltar que de conformidad con nuestro derecho interno, las sociedades extranjeras en materia de inversiones deben tener un trato igualitario con respecto a las sociedades colombianas. El objetivo de dicho trato es promover la inversión extranjera en el sentido de que el inversionista tenga

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-678 de 1998, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

la plena seguridad de que sus condiciones no van a modificarse al arbitrio del Estado. Con ello se otorga seguridad jurídica al inversionista. En Sentencia C-358 de 1996 la Corte afirmó que:

El principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales.⁴⁰

6.9.5. Monopolio

El Estado ha reservado ciertas actividades como monopolios rentísticos. Su fundamento constitucional se encuentra consagrado en el artículo 336 de la Constitución, el cual ha sido interpretado por la Corte Constitucional, desde la perspectiva de la igualdad de trato jurídico, entre otras, en las sentencias C-1114 de 2001, C-1191 de 2001 y C-169 de 2004. En efecto, nuestro tribunal constitucional ha entendido que el Estado se reserva la explotación de ciertas actividades económicas de acuerdo a unas facultades amplias que se le conceden al Legislador. En armonía con la Ley 643 de 2001, las rentas producidas por la explotación de los juegos de suerte y azar se encuentran destinadas a los servicios de salud. Hoy en día este tipo de monopolios se presentan de diversas formas, ya sea directa, indirecta, o mediante terceros, con el objetivo de proporcionar la adecuada prestación de servicios públicos. De la Sentencia C-1114/01, entonces, se vislumbra que

... tratándose de recursos públicos, como ciertamente lo son los generados por las rentas monopolizadas, corresponde a la ley determinar dentro de un amplio margen de apreciación las modalidades y las características

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

de las mismas, cualquiera sea la forma de gestión que se adopte –directa, indirecta, mediante terceros– y señalar la mejor manera para la obtención de las rentas que propicien la adecuada prestación de servicios públicos que como los de salud están tan íntimamente relacionados con las necesidades insatisfechas de la población.⁴¹

La Sentencia C-169 de 2004 estudió el caso en el que la ley excluyó del monopolio rentístico destinado a la salud los recursos recaudados por medio de sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización. Al respecto dijo que “las exclusiones contenidas en el artículo 5.º de la Ley 643 de 2001 no resultan violatorias de los artículos 13 y 336 constitucionales pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, tienen un fin lícito permitido por la Constitución y en ocasiones van asociadas también a un beneficio común”.⁴²

Finalmente, la Corte recalcó que los monopolios rentísticos, en los términos del artículo 336 de la Constitución, deben perseguir una finalidad de interés público o social y las rentas deben destinarse a la salud y la educación; por lo que las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores no pueden ser la excepción. Específicamente, la Corte estudió el derecho que les asiste a los productores privados de licores de recibir el mismo trato que se dispensa a los productores oficiales, en lo referente a la aplicación de impuestos descontables. Así, la Sentencia C-1035/03 estableció:

No existe duda en cuanto a que la norma concede un trato legal diferente a los productores oficiales de licores frente a los particulares. Si bien, en virtud de la cesión del impuesto hecha por la Nación a los departamentos en los dos primeros incisos del artículo 54, ambas clases de empresas de-

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1114 de 2001, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-169 de 2004, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

ben trasladar a estas entidades territoriales el IVA recaudado, para que sea destinado a salud en un 70% y a deporte en un 30%, solo a las de carácter público se les concede el derecho de descontar de este rubro lo pagado por ellas mismas por concepto de IVA durante el proceso productivo.

[...] En efecto, como es sabido, a pesar de que tanto la Constitución de 1886 como la de 1991 prefiguraron un modelo de Estado edificado sobre la base de la libertad de empresa, de industria y de comercio, dentro de un modelo de libre competencia que excluye la existencia de monopolios o de prácticas restrictivas del mercado, lo cierto es que en ambas Cartas se contienen disposiciones que permiten el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos a favor del Estado, previa indemnización de quienes fueran privados del ejercicio de una actividad económica lícita.⁴⁵

6.9.6. Beneficios tributarios

En materia tributaria existe un punto que ha sido discutido en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional: es lo referente a amnistías, exenciones y demás beneficios fiscales, en los cuales se ve una discriminación de índole positiva, que va acorde con nuestra Constitución en el sentido de dar un trato diferenciado a los diferentes. Con estas figuras se pretende lograr que un contribuyente sanee una deuda en materia tributaria, de conformidad con ciertos criterios y objetivos que claramente deben ser definidos por el Legislador. En Sentencia C-260 de 1993 se planteó que establecer estímulos que no correspondan a amnistías a los contribuyentes del impuesto del cine, en los casos que tengan obligaciones pendientes con FOCINE, no viola el principio de igualdad, pues se parte del principio de que el uso de las amnistías no puede ser indiscriminado. Sin embargo, la Corte llama la atención sobre la necesidad de prestar suma atención en la concesión de ese tipo de amnistías.

En este sentido, lo que se pretende es estimular un sector económico que se encuentra en una difícil situación, sin afectar gravemente los ingresos públicos. Dicho tratamiento diferenciado logra incentivar un sector económico

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1035 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

en peligro. Ahora, para analizar la constitucionalidad de la medida es importante precisar que si dicha prerrogativa no tuviera un fin específico y unos sujetos determinados, estaríamos en una flagrante violación al derecho de igualdad en materia de discriminación positiva, lo cual sería contrario a nuestra Constitución, por lo cual es fundamental que el Legislador estudie adecuadamente la situación específica y determine cuáles son los sectores que deben incentivarse para lograr un crecimiento económico.

Otro importante pronunciamiento respecto de la igualdad en materia tributaria es la Sentencia C-183 de 1998, que indicó:

La exacción fiscal normalmente significa un detrimento patrimonial y una mengua de la libertad que, sin embargo, deben soportar las personas a título de deber constitucional y legal. Por esta razón, ya que esta suerte de restricciones o reducciones son connaturales a las leyes impositivas, salvo que las regulaciones sean en sí mismas manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, no cabe por esta circunstancia predicar su inconstitucionalidad. La situación es diferente cuando la ley prima facie afecta un derecho o garantía constitucionales más allá de lo que pueda históricamente considerarse como efecto normal de la medida tributaria, hasta el punto de que sea posible afirmar que existe un indicio de inequidad o arbitrariedad. En este caso, se torna necesario ensayar un test intermedio que, si bien no comprende el estudio de la proporcionalidad estricta de la norma, sí incluye el examen de las razones que la avalan, de modo que la misma será constitucional siempre que se identifique un motivo suficiente para haberla expedido y que permita desvirtuar el señalado indicio [...].

La Corte considera que, en este caso, debe aplicar un test intermedio de constitucionalidad. Toda subvención, exoneración o beneficio fiscal, en cuanto abarca sólo a un grupo de contribuyentes actuales o potenciales, en cierta medida afecta el principio de igualdad, el cual representa el más importante límite del poder tributario estatal. Sin embargo, la afectación de la igualdad traspaasa el umbral de la normalidad cuando dicha subvención, exoneración o beneficio se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma

situación formal que la de los destinatarios de la norma favorable. Aquí puede aludirse a un indicio de trato discriminatorio.⁴⁴

De conformidad con el anterior pronunciamiento, aunque con los beneficios fiscales se afecta en un grado aceptable el principio de igualdad, esa órbita se traspasa cuando no se le reconoce ese beneficio tributario a una persona que cumpla con los requisitos establecidos por ley para ser beneficiario.

En Sentencia C-188 de 1998 la Corte se pronunció sobre las exenciones a favor de empresas con capital estatal, así:

El Legislador goza de autonomía para fijar el núcleo de contribuyentes favorecidos con la exención y no vulnera la Constitución por el solo hecho de plasmarla, ya que es la propia Carta la que, de manera expresa, prevé la figura. Desde luego, las exenciones implican que quienes encajan en los supuestos normativos que las conceden se sustraen, por voluntad del Legislador, de la obligación tributaria, que en cambio cobija a todos los demás sujetos pasivos de los gravámenes en cuestión. Sin embargo, la norma que consagre una exención tributaria puede resultar contraria a la Carta Política si, al ejercer su atribución, el Congreso desconoce alguno de los postulados del orden jurídico básico del Estado, uno de los principios que informan el sistema tributario (equidad, eficiencia y progresividad, según la enunciación del artículo 363 C.P.), o uno de los derechos o de las garantías fundamentales. Pero tal vulneración no podría deducirse de la sola diferencia de trato entre los contribuyentes, ya que toda exención la supone en cuanto es de su esencia distinguir entre los sujetos pasivos de los tributos, obligando a unos y excluyendo a otros del pago de determinado gravamen. La ruptura del equilibrio constitucionalmente previsto debería partir, para ser suficiente como fundamento de la inexequibilidad, de la absoluta ausencia de un motivo válido, objetivo y razonable basado en circunstancias especiales. De no ser sustentada la exención en elementos que la justifiquen, la Corte no

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-183 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

podría hacer nada distinto de declarar su inconstitucionalidad, por violación del artículo 13 de la Carta Política. A la inversa, si, desde la perspectiva de las diferencias existentes, el juez de constitucionalidad corrobora que la exención se funda en razones que ameriten exonerar del tributo a algunos de aquellos que en principio, por reunir las características de ley, deberían ser sujetos pasivos del impuesto, la disposición que la consagra no lesiona el principio de igualdad y es exequible en la medida en que tampoco desconozca otros principios o mandatos constitucionales.⁴⁵

En esta materia la Corte constitucional corrobora su línea jurisprudencial argumentando que, con ciertas condiciones, pueden otorgarse ventajas en materia tributaria, siempre y cuando, por medio de ley, se determinen los sujetos y la finalidad de dicho beneficio y se respeten los principios constitucionales y tributarios para otorgar dichas exenciones y beneficios.

6.10. Igualdad por razones de género

Este tema constituye un paradigma en la evolución jurídico cultural de la sociedad colombiana en los últimos quince años de aplicación y afianzamiento de la Constitución de 1991. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha marcado hitos que constituyen un verdadero avance hacia la igualdad de trato entre hombres y mujeres, que oscilan entre asuntos sencillos de manejo de lenguaje jurídico hasta los problemas más complejos de dirección de políticas públicas en aspectos relacionados con el acceso y permanencia en la función pública, ingreso y estabilidad en el empleo privado, el trato en las relaciones familiares, los derechos económicos y responsabilidades sociales de las parejas, entre otros asuntos.

De esta manera, la investigación que ahora se presenta muestra interesantes resultados prácticos sobre el manejo jurisprudencial en el tema de igualdad por razones de género que, de manera general, se resumen en las siguientes premisas:

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-188 de 1998, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

- La Constitución de 1991 propugna por un sistema jurídico de igualdad entre hombres y mujeres que resulta obligatorio para toda la normatividad y la actividad jurisdiccional.
- La jurisprudencia constitucional ha sido ampliamente protectora de los derechos de la mujer, mediante el aval de acciones afirmativas dirigidas a lograr la equiparación o con decisiones que excluyen la discriminación.
- La diferencia de trato normativo entre hombres y mujeres no es por sí misma inconstitucional, pues si bien es cierto que ese criterio “resulta sospechoso”, no es menos cierto que es admisible si está razonablemente justificado, con criterios objetivos y según la finalidad y efectos del tratamiento desigual.
- Los temas en los que mayor discriminación ha encontrado la Corte Constitucional son los relacionados con la desigualdad de oportunidades laborales, la diferencia en el reconocimiento de la autonomía entre hombres y mujeres y los derechos económicos al interior de la familia.
- Pese a todo lo anterior, en aspectos demasiado arraigados a nuestra cultura jurídica y social, la Corte ha mantenido la diferencia de trato jurídico entre hombres y mujeres.

Así las cosas, a continuación se mostrará, de manera puntual, la *ratio decidendi* de las sentencias más importantes en el tema de igualdad por razones de género que demuestran las hipótesis planteadas.

6.10.1. Acciones afirmativas como mecanismo para la equiparación de género

En cuanto a la constitucionalidad de acciones afirmativas o de discriminación positiva a favor de la mujer se encuentran sentencias como la C-964 de 2003, en la cual la Corte Constitucional manifestó que la protección legal solamente a las madres cabeza de familia no viola el derecho a la igualdad. Al respecto manifestó:

El Legislador bien puede adoptar medidas de protección de personas que integran grupos respecto de los cuales la Constitución, expresamente, establece un mandato de apoyo especial, sin que ello desconozca el principio

de igualdad. En particular el Legislador puede establecer como lo hizo en este caso medidas especiales para beneficiar a la mujer cabeza de familia, por cuanto así expresamente lo ordena el segundo inciso del artículo 43 superior.

[...] Para la Corte, este cargo por violación al principio de igualdad no prospera. No se pueden confundir dos derechos claramente distintos, ambos protegidos por el principio de igualdad. El primer derecho consiste en que los hombres y las mujeres sean tratados igual, es decir, impide la discriminación por razones de sexo. El segundo derecho consiste en que las mujeres, habida cuenta de una tradición de discriminación sexual que el Constituyente no solo quiso abolir sino remediar, sean titulares de medidas legislativas específicas en favor de ellas, no de los hombres. La norma acusada constituye un desarrollo de este segundo derecho amparado por una concepción sustantiva no formal de la igualdad, encaminada a que, como se recordó en la Asamblea Constituyente, se pase de una igualdad formal ante la ley a una igualdad real ante la vida.

En este orden de ideas, el derecho a la igualdad de trato no exige, por sí solo, extender a un hombre un beneficio creado por el Legislador para desarrollar el derecho constitucional—específicamente consagrado en el artículo 43—en favor de las mujeres a recibir medidas de apoyo o protección especial como un tipo de acción afirmativa. Ello sería ir abiertamente en contra del propósito del Constituyente.

[...] Si todos los beneficios que se establecen para la mujer cabeza de familia debieran otorgarse al hombre que se encuentra en la misma situación, ningún efecto tendría entonces la protección especial ordenada por el Constituyente para la mujer cabeza de familia.

Cabe anotar que en providencias posteriores la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de normas que originalmente consagraban la especial protección del Estado a las madres cabeza de familia, pero que se amplían a los padres con esa misma condición cuando se trata de proteger los derechos de los menores o de quienes dependen económicamente de ellos (sentencias C-184 de 2003, C-964 de 2003 y C-1039 de 2003).

También resulta relevante la argumentación desarrollada por la Corte Constitucional en Sentencia C-1039 de 2003, al estudiar la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 790 de 2002 que reguló el denominado “retén social”, al sostener:

La expresión “las madres” contenida en el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, lejos de establecer una preferencia frente a cualquier otra persona, consagra una estabilidad laboral para el sector más vulnerable de la población colombiana, ya que en razón de las circunstancias que rodean el país la baja participación de la mujer en el campo laboral es cada vez mayor.

Ha sido la propia Constitución quien en busca de la igualdad real y efectiva, ha consagrado el apoyo especial del Estado a la mujer cabeza de familia y en desarrollo de ese apoyo, el programa de renovación de la administración pública, pretende que no sean retiradas del servicio las madres cabeza de familia sin alternativa económica.

Significa entonces lo anterior que la regla general será la permanencia en el empleo de la mujer cabeza de familia como una consecuencia de la obligación estatal que consagra el artículo 43 de la Carta, sin que esto pueda considerarse como una violación al derecho a la igualdad, pues tal como lo explicó esta Corte en un reciente pronunciamiento, hombres y mujeres deben ser tratados de igual manera, es decir sin discriminación, pero habida cuenta de que la mujer ha sido por tradición objeto de discriminación sexual, es titular de medidas legislativas específicas contempladas únicamente a favor de ella y no de los hombres.

En idéntico sentido, la Sentencia C-044 de 2004, al resolver si viola el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres el hecho de que solo las madres cabeza de familia sin alternativa económica no puedan ser retiradas del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, expresó que:

En relación con la supuesta violación del principio de igualdad, el cargo carece de fundamento, pues la prohibición de retirar del servicio a las

madres cabezas de familia sin alternativa económica es una medida de discriminación positiva o inversa, en cuanto se aplica uno de los criterios sospechosos o vedados que contemplan el art. 13 superior (inciso 1.º) y la doctrina constitucional y en cuanto se trata de la distribución de un bien escaso, como es el empleo, en beneficio de la mujer y en perjuicio del hombre, la cual está expresamente autorizada en forma general en la misma disposición constitucional (inciso 2.º), al preceptuar que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados, y está explícitamente autorizada en forma específica en los art. 43 de la Constitución, en virtud del cual “el Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, y 53, que estatuye que el Legislador debe otorgar protección especial a la mujer en materia laboral.

Dicha medida es razonable y proporcionada y persigue de modo manifiesto la finalidad de corregir o compensar la desigualdad que históricamente ha tenido la mujer en los campos económico y social de la vida colombiana y, en particular, en el campo laboral, frente al hombre.

6.10.2. Igualdad de género y oportunidades laborales

En cuanto a la igualdad de trato jurídico entre hombres y mujeres en las oportunidades laborales, resulta interesante la Sentencia C-622 de 1997, en la que se estudió si la prohibición contenida en el Código Sustantivo del Trabajo para que las mujeres trabajen horas extras nocturnas es contraria al derecho a la igualdad. Al respecto dijo la Corte Constitucional:

La diferenciación es admisible en la medida en que esté razonablemente justificada. En efecto, como reiteradamente lo ha expresado esta Corporación, el principio de igualdad sólo se desconoce si el tratamiento diferenciado no está provisto de una justificación objetiva y razonable, la cual debe ser apreciada en concreto por el juez en cada caso, con un criterio objetivo y según la finalidad y efectos del tratamiento desigual. Además, debe existir un vínculo de racionalidad y proporcionalidad entre el tratamiento diferente, el supuesto de hecho y el fin que se persigue. Por consiguiente, la garantía

consagrada en el artículo 13 constitucional impide a los órganos del poder público establecer condiciones desiguales para circunstancias iguales, salvo que medie justificación razonable, pues de lo contrario se quebranta el derecho constitucional fundamental que tienen todas las personas ante la ley y las autoridades a ser tratados en igual forma.

[...] El principio constitucional de la igualdad no admite en el asunto sub-examine diferenciación en el trato, pues no es razonable ni justificable impedir que la mujer pueda laborar durante la noche en las mismas condiciones y oportunidades laborales de los hombres, precisamente como desarrollo de la igualdad de derechos entre personas de sexo distinto. Lejos de considerarse una norma protectora, el precepto acusado tiene un carácter paternalista y conduce a prohibir que las mujeres puedan laborar durante la noche en las empresas industriales, lo cual constituye una abierta discriminación contra ellas, que debe ser abolida, pues aparte de tener plena capacidad para el trabajo en condiciones dignas y justas, debe garantizárseles, en igualdad de condiciones con los hombres, el ejercicio de los mismos derechos y oportunidades que se requieran, para que ellas, dentro de la protección requerida, puedan trabajar en la jornada nocturna.

6.10.3. Igualdad de género y la familia

En franco enfrentamiento a aspectos culturales muy arraigados a nuestra sociedad, la Corte Constitucional ha sido enfática en sostener que la igualdad entre hombres y mujeres también se predica al interior de la familia y en las consecuencias de las actuaciones de la pareja. Así, por ejemplo, en Sentencia C-082 de 1999, la Corte sostuvo que las razones de género no son suficientes para justificar el trato diferente en la consagración de causales de nulidad del matrimonio civil cuando únicamente se sancionaba el adulterio de la mujer y no cuando se trata del hombre adúltero. Esto dijo:

Se autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económicos y sociales. Es decir, que no siempre que se utilicen criterios

distintivos como el sexo, existe un tratamiento discriminatorio; sin embargo, para que estas diferenciaciones sean constitucionalmente válidas, deben sustentarse en criterios razonables y objetivos que así las justifiquen [...]. En el asunto sub-examine, no puede ser admisible establecer una causal de nulidad del matrimonio aplicable solamente a la población femenina, pues ello no encuentra asidero en los principios y valores constitucionales. Si las relaciones de la familia se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, es decir, en la igualdad de derechos entre los hombres y las mujeres que la conforman, no es equitativo ni razonable imponer una carga a uno de los miembros y eximir al otro, por su simple pertenencia a un determinado sexo. La norma implícitamente prescribe: la mujer adúltera debe ser “sancionada” si se casa con su “cómplice”; el hombre, por el contrario, no tiene límite a su voluntad y a su sexualidad. Esta concepción no es compatible con los postulados superiores que reconocen la igualdad de derechos y deberes de todo ser humano, tal y como se desprende de los artículos 13, 42 y 43 de la Carta.

6.10.4. Igualdad de género y estado civil

Otro aspecto que reiteradamente ha ocupado la atención de la Corte Constitucional en cuanto a la discriminación por razones de género es el relativo a la diferencia de trato que la ley ha otorgado entre hombres y mujeres en la toma de decisiones sobre su estado civil. Por ejemplo, en Sentencia C-101 de 2005 la Corte debió resolver si la autorización contenida en el artículo 1134 del Código Civil al testador para que condicione el goce, uso, usufructo de una pensión a una mujer al hecho de que se mantenga en estado de soltería o de viudedad viola el principio constitucional a la igualdad y a la prohibición de establecer discriminaciones por razones de género. La Corte concluyó:

La norma, lejos de perseguir una finalidad constitucionalmente admisible, lo que hace es perpetuar la histórica discriminación a la que se ha visto sometida la mujer.

Así las cosas, si el fin perseguido con la norma es inconstitucional, el medio utilizado no resulta adecuado, y mucho menos indispensable, en una

época en que la mujer puede proveer ella misma a su subsistencia y la de su familia. Siendo ello así, el precepto del artículo 1134, es a todas luces discriminatorio, en tanto perpetúa la condición de inferioridad y debilidad de la mujer frente a los hombres, tradicionalmente aceptada y, en ese sentido, el propósito de la norma lejos de favorecerlas como pudo haber sido la intención del Legislador, las perjudica. Ahora, si la norma no tiene un fin constitucional legítimo, ni el medio utilizado resulta adecuado, mal podría, como acertadamente lo sostiene la actora, existir proporcionalidad entre lo uno y lo otro, pues imponer a la mujer la condición de no casarse, so pena de perder el derecho a una asignación, no guarda relación de proporcionalidad alguna.

[...]

No existen en la actualidad motivos constitucionalmente válidos que permitan admitir una diferencia de trato como la referida en la norma demandada, respecto del otorgado a los hombres a quienes no se les impone la misma condición, pues ello no solo constituye un acto discriminatorio que viola el derecho fundamental a la igualdad, sino que desconoce la especial protección que el Estado debe brindar a la mujer para garantizar la igualdad real y efectiva de derechos. A la luz del actual ordenamiento constitucional, el sexo no puede ser un criterio de diferenciación entre individuos puestos en una misma situación, como puede ser la necesidad de obtener una herencia o legado con la que puedan proveer a su subsistencia.

6.10.5. Discriminación en contra de los varones

Sin duda, el principio a la igualdad también puede resultar afectado cuando, en detrimento de los derechos de los varones, se consagra un trato desigual en el acceso a beneficios económicos que se imponen al interior de la familia, sin justificación constitucionalmente válida. En Sentencia C-875 de 2003 la Corte analizó si es contraria al artículo 13 de la Carta la expresión “ningún varón” consagrada en el inciso 2.º del artículo 422 del Código Civil, en cuanto, por la simple diferencia de género, les impide reclamar alimentos cuando han superado los dieciocho años. En esta ocasión expresó:

Interpretado el artículo 422 del Código Civil en su sentido literal resulta claramente inconstitucional, pues establece una diferencia de trato basada exclusivamente en el género de su destinatario. La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática al afirmar que estas diferenciaciones resultan inconstitucionales porque utilizan criterios incompatibles con el principio de igualdad (art. 13) consagrado en nuestra Carta. No obstante, es claro que desde que fue expedido, hasta nuestros días, el Código Civil ha experimentado una profunda evolución, especialmente en el tema de la igualdad de sexos. Por ello, las normas que sobreviven en el texto legal como rezagos de una época menos igualitaria y justa deben ser interpretadas a la luz de esa renovación del régimen civil [...].

Para comprender el verdadero alcance de la disposición acusada es imperativo que el intérprete dirija su atención a las normas posteriores que han equiparado el trato jurídico entre hombres y mujeres. En este contexto, no puede negarse que las normas que propugnan dicha equiparación suelen encontrarse inmersas en regulaciones que tienden a eliminar formas específicas de discriminación femenina. Pese a que en la práctica la disposición acusada consagra un tratamiento favorable para la mujer, que le permite demandar alimentos aún siendo mayor de edad, es lo cierto que dicho tratamiento proviene del prejuicio ya superado que la consideraba sujeto no apto para sobrevivir por su propio esfuerzo.

Siguiendo los lineamientos legales, la jurisprudencia nacional también acepta que en Colombia rige un sistema jurídico de igualdad entre hombres y mujeres al cual debe acogerse la normatividad y la actividad jurisdiccional. De manera general, la Corte Constitucional ha establecido que hombres y mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones, al punto que resultan inconstitucionales los tratamientos jurídicos que se dispensen con fundamento exclusivo en la diferencia sexual de las personas.

6.10.6. Débil argumentación para mantener diferencia de trato entre hombres y mujeres

Finalmente, llama la atención cómo, a pesar de encontrarnos con una jurisprudencia bastante garantista frente a los derechos de la mujer, en temas muy

arraigados a nuestra cultura jurídica y social, la Corte ha mantenido la diferencia de trato jurídico entre hombres y mujeres con argumentos débiles y poco congruentes. Dos ejemplos soportan esa conclusión, a saber:

En Sentencia C-152 de 1994 la Corte debió resolver si la inscripción en el registro de nacimiento, primero con el apellido paterno y luego con el de la madre, viola los artículos 13 y 43 de la Constitución. En esa oportunidad dijo:

La Ley 54 de 1989, precisamente, pretendió eliminar un motivo de desigualdad, y, además, reconocer la realidad en lo relativo al uso de los apellidos en Colombia. La manera como se determine el nombre obedece a una finalidad social y su regulación corresponde a la ley.

El orden de los apellidos en la inscripción en el registro de nacimiento, nada tiene que ver con la igualdad de derechos y obligaciones. Tiene que existir un orden, y la ley lo ha determinado.

En Sentencia C-410 de 1994 la Corte dijo que la diferencia de edad entre el hombre y la mujer para acceder a la pensión de vejez no viola la Constitución por lo siguiente:

La visión, absolutamente igualitarista, que el accionante expone, es inapropiada para la construcción de un orden justo que exige identificar y neutralizar circunstancias sociales desiguales que surgen como obstáculos a la igualdad sustancial; el tratamiento jurídico de la discriminación sexual no puede ignorar una realidad social que muestra claramente distante la igualdad, y que, por lo mismo, amerita la adopción de medidas positivas favorables a la población femenina trabajadora y dirigidas a promover la mejor participación de las mujeres en el mundo laboral y a compensar los efectos nocivos de esa realidad social generadora de una desigualdad, que no es introducida por normas como las acusadas sino que preexiste, en cuanto anterior a las mismas.

La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos

sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.

Proceder de manera neutral ante la realidad social entrañaría el desconocimiento de los valores, principios y fines que la Constitución consagra, abandonar la búsqueda de una sociedad justa, respetuosa de la dignidad humana y vaciar de todo contenido las normas constitucionales que prohíben la discriminación de la mujer y que disponen su especial protección (arts. 43 y 53).

6.10.7. Parejas homosexuales y pensión de sobrevivientes

Merece destacarse que, especialmente, en la tutela, existe jurisprudencia que tiene relación con las parejas homosexuales. Adicionalmente, en la Sentencia de constitucionalidad C-336 de 2008⁴⁶ se formularon preguntas: ¿vulnera la exclusión de las parejas homosexuales del régimen de protección de seguridad social que es ofrecido a las parejas heterosexuales los artículos 1°, 13, 16, 48, 49 y 93 de la Constitución? ¿Impide válidamente la protección que se concede al cónyuge y al compañero o compañera permanente de las parejas heterosexuales, que el compañero o compañera permanente de una pareja homosexual acceda a la pensión de sobrevivientes?⁴⁷

La Corte Constitucional va a declarar exequibles las expresiones “la compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “la compañera permanente”; “compañero o compañera permanente”;

⁴⁶ M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁷ El control de constitucionalidad sobre medidas relacionadas con la seguridad social debe ser riguroso, cuando se incorpora una clasificación sospechosa. Dado que la Constitución proscribiera toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual de las personas, toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables, solo es constitucionalmente admisible si la medida legislativa que la desarrolla es adecuada, conducente para realizar un fin constitucional, y proporcional. No hay justificación que autorice un trato discriminatorio en virtud del cual las personas que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género, no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Así, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales.

“una compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “compañero o compañera permanente”, contenidas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y las expresiones “el cónyuge o la compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “un compañero o compañera permanente”; “una compañera o compañero permanente”; “la compañera o compañero permanente”; “compañero o compañera permanente” y “compañero o compañera permanente”, contenidas en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en el entendido de que también son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C-521 de 2007 para las parejas heterosexuales. Y, por ende, extiende el condicionamiento a lo siguiente:

Respecto del artículo 1.º de la Ley 54 de 1990, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-075 de 2007, que declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido de que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

3. En cuanto a las expresiones demandadas del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-811 de 2007, que declaró exequible el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo.

Las razones de la decisión son muy extensas. Algunas de ellas, textualmente, son las siguientes:

Como primer fundamento del Estado Social de Derecho, se cuenta el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, lo cual implica consecuencias jurídicas a favor de la persona, como también deberes positivos y de abstención para el Estado. Consecuencia lógica del respeto por la dignidad de la persona es el del libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la Constitución) cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción –involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual,

entre otras manifestaciones merecedoras de protección⁴⁸ mientras se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional.⁴⁹ Este derecho resulta vulnerado cuando a la persona se le impide, de forma arbitraria, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas de vida o valorar y escoger libremente las circunstancias que dan sentido a su existencia. Así, para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, se requiere un fundamento jurídico constitucional. No basta así, que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que debe respetarse la jerarquía constitucional del derecho fundamental mencionado.⁵⁰

Sobre la figura de la pensión de sobrevivientes dice la Corte:

La pensión de sobrevivientes corresponde a una garantía propia del sistema de seguridad social fundada en varios principios constitucionales, entre ellos el de solidaridad, el de reciprocidad y el de universalidad del servicio público de la seguridad social. Este mecanismo es una de las expresiones del derecho a la seguridad social (artículo 48 de la Constitución) y ha sido establecido para realizar los derechos de previsión social, siendo su finalidad la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado.⁵¹ La pensión de sobrevivientes es en ese sentido, una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un orden de prelación respecto de las personas afectivamente

⁴⁸ Sentencia T-532 de 1992.

⁴⁹ Sentencias T-542 de 1992; T-037 de 1995; C-507 de 1999.

⁵⁰ Sentencia T-532 de 1992.

⁵¹ Sentencias C-1176 de 2001 y T-460 de 2007.

más cercanas al causante. Si bien el derecho a la pensión de sobrevivientes es de carácter prestacional, adquiere el de derecho fundamental cuando de esta depende la materialización de mandatos constitucionales que propenden por medidas de especial protección a favor de personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.⁵² [...]

A pesar de que la medida legislativa corresponde a una materia de contenido económico y social, el control de constitucionalidad sobre medidas relacionadas con la seguridad social debe ser riguroso, cuando se incorpora una clasificación sospechosa; se afecta a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o a sujetos que gozan de especial protección constitucional; se desconoce *prima facie* el goce de un derecho constitucional fundamental; o se incorpora –sin causa aparente– un privilegio exclusivo para un sector de la población.⁵³ Casos en los cuales se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional.⁵⁴

La aplicación de las expresiones demandadas ha permitido dar a las parejas homosexuales un tratamiento distinto al que se otorga a las parejas heterosexuales, que resulta discriminatorio respecto de las parejas homosexuales, las cuales, aun cuando no están excluidas de manera expresa de los beneficios de la pensión de sobrevivientes, sí resultan de hecho exceptuadas del sistema de seguridad social, pues la falta de claridad del legislador ha conducido a implementar una situación contraria a los valores del Estado Social de Derecho, a los principios de reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana, y a las normas constitucionales que amparan el libre desarrollo de la personalidad. A la luz de las disposiciones superiores, no aparece justificación alguna que autorice un trato discriminatorio en virtud de la cual las personas que conforman parejas homosexuales no puedan acceder a la pensión de sobrevivientes en las mismas condiciones que lo hacen quienes integran parejas heterosexuales. Dado que no existe un

⁵² Sentencia T-326 de 2007.

⁵³ Sentencia C-543 de 2007.

⁵⁴ Sentencia C-111 de 2006.

fundamento razonable y objetivo suficiente para explicar el trato desigual al que vienen siendo sometidas las personas, que en ejercicio de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, han decidido conformar una pareja con una persona de su mismo género, la protección otorgada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas heterosexuales, debe ser ampliada a los compañeros y compañeras permanentes de las parejas homosexuales.

Y la Corte Constitucional recuerda lo siguiente:

La pensión de sobrevivientes se reconoce siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993. Al resultar extensivos los efectos de estas normas a las parejas integradas con personas del mismo sexo, a los compañeros o compañeras del mismo sexo les corresponde acreditar su condición de pareja, en los términos señalados en la sentencia C-521 de 2007. Para ello, deberán acudir ante un notario para expresar la voluntad de conformar una pareja singular y permanente, que permita predicar la existencia de una relación afectiva y económica responsable, de la cual posteriormente pueden derivar prestaciones de una entidad tan noble y altruista como la correspondiente a la pensión de sobrevivientes. De manera que el fraude o la ausencia de veracidad en las afirmaciones hechas durante esta diligencia acarrearán las consecuencias previstas en la legislación penal y en el resto del ordenamiento jurídico.

Finalizó con esta sentencia una discusión de varios años, inclinándose la jurisprudencia de la Corte Constitucional hacia su tradicional garantismo.

Conclusiones

Todas las personas estamos obligadas a respetar los derechos humanos. En el caso colombiano, no basta con hacer un catálogo de las numerosas y escalofriantes violaciones. Por supuesto que estas se deben denunciar, pero ahí no finaliza la tarea. Tampoco es prudente conformarse con la aprobación de tratados y convenios internacionales y con la inclusión de los derechos humanos dentro de la Constitución, porque está demostrado que pese a la consagración de normas, la violación continúa. Es necesario lograr un clima propicio para el cumplimiento de los derechos humanos, a esto contribuye considerarlos como derechos subjetivos, reclamables ante los jueces; un ejemplo claro es el acudimiento masivo a la tutela. Sin embargo, esa no es la única respuesta jurídica, también debe analizarse la otra jurisprudencia constitucional, la que surge de las demandas de inconstitucionalidad o de la revisión oficiosa de determinadas leyes y tratados, porque ahí se conjugan lo jurídico, lo político y lo humano; en fin, lo decidido en esas sentencias de control judicial constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional y una mayor trascendencia que la jurisprudencia común y corriente. La jurisprudencia constitucional, observada sin prevenciones, es un instrumento válido que contribuye, en algo, a hacer efectivo, en todo tiempo y lugar, el respeto a los derechos y libertades. Por eso, la implementación del respeto a los derechos humanos no puede estar aislada del acumulado teórico y práctico que ha dejado más de un siglo de control judicial constitucional en Colombia.

Buscar las líneas o parámetros jurisprudenciales, publicitarlos y mantener lo que se ha logrado con muchos esfuerzos, impulsar la progresividad, no solo porque es lo justo sino porque lo exigen el protocolo de San Salvador y la Constitución, son metas que no solamente deben hacer parte del Plan Nacional de Acción en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (PNADHDIH),¹ sino de la producción jurídica nacional y del estudio del derecho.

¹ Este plan surge por mandato de la Conferencia Mundial de los Derechos en Viena, en 1993, y es un compromiso del Estado Colombiano. Sin embargo, según las Naciones Unidas, el país ha asumido pero no ha cumplido, pese a que en Viena se aprobó que en dicho plan se “determinen

Son propósitos de la investigación realizada por el Grupo de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad del Rosario: contribuir a una política integral en el tema, lograr un compromiso de los operadores jurídicos con la defensa de los derechos humanos, colaborar en la fase de consulta del PNADHDIH, fortalecer el comportamiento de las autoridades (especialmente de los jueces) en la protección de los derechos humanos, publicitar la jurisprudencia sobre el tema y ayudar en la conformación de una cultura del precedente jurisprudencial, en cuanto sea humanista.

Este trabajo no es una compilación que cita más de mil jurisprudencias. Es el estudio de aquellos fallos a los cuales se les ha encontrado cierta trascendencia para consolidar una Carta para la promoción y protección de los derechos humanos. Además, citando las sentencias, se hace un merecido reconocimiento a los magistrados que, con justicia, se han inclinado a favor de los derechos humanos, y que en cierta forma también pueden ser considerados como defensores de ellos. Al menos han plantado un árbol. Corresponde a quien analiza la jurisprudencia consolidarlo.

La idea es reseñar, profundizar y señalar hilos conductores en temas como los derechos sociales, culturales, económicos; los derechos de igualdad y libertad; los derechos colectivos y ecológicos; los derechos dentro de la estructura familiar y sobre todo los que permiten la defensa del niño.

El itinerario jurisprudencial de cerca de ciento veinte años que este libro presenta permite afirmar que existe material suficiente para confeccionar líneas o parámetros jurisprudenciales. En buena parte de las sentencias se detecta un garantismo judicial, más palpable en la Corte Constitucional a partir de una nueva idea de constitución, sin que ello implique desprecio del trabajo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, cuando tuvo la guarda de la Constitución.

las medidas necesarias para que ese Estado mejore la promoción y protección de los Derechos Humanos". Tomado de la separata "Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos", en el Día Internacional de los Derechos Humanos, *El Tiempo*, 10 de diciembre de 2006.

1. La producción jurisprudencial en constitucionalidad

El objeto a examinar fueron casi 7.000 sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional y 2.682 dictadas por la Corte Suprema de Justicia.

La investigación no es solamente cuantitativa; se trata de elaborar una hermenéutica de segundo nivel, para un mayor grado de conocimiento de la jurisprudencia nacional. Por lo tanto, se construyó un estudio cualitativo de la jurisprudencia constitucional producida por la Corte Suprema de Justicia entre 1886 y 1991 para integrarla con la de la Corte Constitucional y construir hipótesis globales que permitan llegar a conclusiones integrales. Se sostendrá, como es obvio, que tienen el mismo valor tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, cuando no existía Corte Constitucional, y que una gran parte de los magistrados han tenido sólido fundamento humanista, alto grado de ilustración y honradez. Esto ha permitido cierta independencia judicial; si esta se pierde, también naufragan los valores. Por supuesto que existen *diferencias palpables* entre la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la de la Corte Constitucional; existe, en ocasiones, enorme distancia entre ellas. Se mencionaron, entre otras, las siguientes:

- a. En 1991 se creó la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte Constitucional, encargada de conservar el principio de supremacía constitucional (artículo 241 de la Constitución). Así, la Corte Constitucional tiene a su cargo la interpretación autorizada de la Carta (artículos 241 superior y 48 de la Ley 270 de 1996), pues su carácter de órgano “límite” o de cierre del ordenamiento jurídico surge de la propia naturaleza de su labor. Mientras que la Corte Suprema de Justicia es y ha sido, por su esencia, un tribunal de casación.
- b. En la Constitución de 1886 no se consagraron ni el derecho a la igualdad, ni los derechos sociales, económicos y culturales, y respecto al derecho de libertad, durante la vigencia de la Constitución de 1886, la presencia casi constante del estado de sitio implicó una jurisprudencia poco garantista de

las libertades. La Corte Constitucional y la Constitución de 1991 tienen por el contrario perfiles muy liberales.

- c. En la Corte Suprema de Justicia, entre 1886 y 1991, se trabajaba con la lógica formal y el método interpretativo era generalmente el exegético, y se tenía como base el método deductivo. En la Corte Constitucional se acude a diversas lógicas, sin despreciar la lógica formal, se preferencia el método inductivo, de los casos se colige una línea jurisprudencial, hay una ordenación racionalista de la producción jurisprudencial y se impulsa la cultura del precedente.
- d. Antes de 1991 la importancia la tuvo el Código Civil. Ello respondía, entre varias razones, al avance del racionalismo que tenía la ilusión de aprehender la verdad; de ahí que la escuela de la exégesis creara la idea de haber logrado una verdadera interpretación de las normas; por resultó fácil la confusión de derecho y ley; además, en la práctica, se mantuvo una férrea protección jurídica a la estructura agraria, estamentaria, a la propiedad privada rural; se puede afirmar que la ideología feudal de los terratenientes, de manera palpable, orientó comportamientos políticos y judiciales. Sin embargo, hubo excepciones, como fue lo acontecido en la década de los 30 cuando la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia moduló las pétreas normas del Código Civil. En la Corte Constitucional es muy importante la tutela, se preferencia una jurisprudencia sobre temas urbanos y en ocasiones se trabaja con la ideología de la burguesía inteligente. En consecuencia, el derecho privado, cuya máxima expresión era el derecho civil, es reemplazado por una faceta nueva del derecho público: el amparo o tutela.

2. Los distintos guardianes de la Constitución

Lo han sido la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena y la Corte Constitucional. Excepcionalmente el Consejo de Estado. Resumiendo en apretadas líneas una historia de ciento veinte años, se tiene lo siguiente:

- Recién aprobada la Constitución de 1886, el 3 de septiembre del mismo año, se instaló la Corte Suprema de Justicia. La primera decisión sobre

constitucionalidad se profirió el 6 de julio de 1887, mediante Acuerdo No. 45. Durante veinticinco años solamente se dictaron cuatro fallos de control. En cuanto a proyectos de ley fueron tres los fallos, todos sobre pensiones, y el cuarto fallo fue la oficiosa exequibilidad de un decreto en la época del golpe de Estado del vicepresidente Marroquín.

- Solamente a partir del Acto Legislativo No. 3 de 1910 tendrá fuerza el control judicial constitucional en Colombia. La reforma constitucional de ese año estableció la acción y la excepción de inconstitucionalidad con perfiles muy semejantes a los adoptados posteriormente en la Constitución de 1991.
- Entre 1911 y 1968, inclusive, se profirieron 625 sentencias que definieron acciones de constitucionalidad, es decir, casi 11 sentencias por año. En 1968 una reforma constitucional va a crear la Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia, y esto va a ser determinante en cuanto al aumento de demandas de inconstitucionalidad. En efecto, la reforma constitucional, durante la presidencia de Carlos Lleras Restrepo, crea la Sala Constitucional. Desde 1969 hasta 1991 la Corte Suprema de Justicia profirió 2.057 sentencias, en promedio 89 por año. Sobre el crecimiento de las demandas y el comportamiento de la Corte Suprema de Justicia, a partir de 1969, se puede decir lo siguiente: los ciudadanos tuvieron una mayor confianza en el funcionamiento del control constitucional, claro que el aumento de demandas también se debió a que las personas, al ver que sus intereses eran afectados por una ley o decreto, la demandaban, aspirando lograr en la Corte lo que habían perdido en el parlamento. Esta situación también es palpable desde la creación de la Corte Constitucional. Es el ciudadano quien democráticamente fija los temas en las acciones constitucionales,² pero, al mismo tiempo, la acción pública de inconstitucionalidad se va convirtiendo en una acción de reclamación por intereses privados afectados por la norma expedida.
- La Constitución de 1991 crea la Corte Constitucional, establece la acción de tutela y amplía el control judicial constitucional, manteniendo la acción

² Antes en la acción de inconstitucionalidad, ahora con mayor razón en la acción constitucional de la tutela.

y la excepción de inconstitucionalidad establecidos desde 1910. La nueva Corte inicia sus labores sin contratiempos. Existió inicialmente una corporación de siete magistrados, luego fueron nueve porque a partir de 1993 la Corte Constitucional es elegida según el artículo 239 de la Carta. Dicha Corte reafirma la jurisprudencia garantista en tutela, formada en el año anterior, los jueces de la República acatan esta jurisprudencia, los ciudadanos la ven con buenos ojos, en las facultades de derecho la mayoría de los profesores y estudiantes la defienden, muchas personas manifiestan estar a favor de la tutela y por supuesto de la Corte Constitucional.

- Los magistrados escogidos a finales del siglo XX y en los dos primeros años del siglo XXI para reemplazar a quienes integraron a la anterior Corte, mantuvieron y hasta profundizaron y avanzaron en la jurisprudencia garantista en las acciones de tutela. Aunque últimamente se dieron giros jurisprudenciales en la tutela que dan lugar a una dialéctica discusión; por ejemplo: i) involucrar el tema de las políticas públicas; ii) dar órdenes generales que son incumplidas y solamente se sujetan a un ejercicio de monitoreo; iii) establecer niveles de cumplimiento para las órdenes de tutela; iv) la escogencia discrecional que hace la Corte de los derechos fundamentales que irá a estudiar en la sentencia, dejando de lado otros derechos fundamentales que el peticionario considera le han sido violentados.
- En las sentencias de constitucionalidad, que son las que motivan la presente investigación, existe un indudable avance en comparación con la producción de la Corte Suprema de Justicia, particularmente en temas como la libertad, la igualdad, los derechos de la familia y del menor. Se encuentra una evidente novedad en derechos colectivos y en la función social y ecológica de la propiedad.

3. La cultura del precedente jurisprudencial. Dificultades y logros

La cultura del precedente jurisprudencial tiene, actualmente, varios puntos de apoyo: el derecho a la igualdad, que debe incluir la igualdad interpretativa para casos idénticos; el avance tecnológico que democratiza la información

oportuna y rápida sobre la jurisprudencia que se produzca; y la influencia cada vez mayor del sistema jurídico norteamericano.

La Corte Constitucional ha sido la abanderada en el respeto a la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales, en la concepción del juez como creador de derecho, en considerar como derecho fundamental el acceso a la justicia y dentro de ella el respeto al precedente, salvo cuando se argumente la discrepancia.

Sin embargo, el camino ha sido muy difícil. Entre los mayores inconvenientes se encuentran los siguientes:

- a. No existe en Colombia claridad sobre la cultura del precedente jurisprudencial. Se confunde precedente jurisprudencial con antecedente, de ahí la idolatría a la última jurisprudencia de las altas cortes. Es más un “seguidismo” para no contrariar lo que indique el magistrado de turno.
- b. Existe la idea de que lo importante es el “imperio de la ley”. Se dice que el artículo 228 de la Carta Política lo establece, y que por el contrario la Constitución no estableció el imperio del precedente. Cada juez o magistrado hace gala de su *autonomía*, constitucionalmente establecida.
- c. La tradición en los tribunales de distrito (y por supuesto en los juzgados) fue, antes de la Constitución de 1991, la de no tener en cuenta la jurisprudencia constitucional proferida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Unos pocos ejemplos son muy ilustrativos y dibujan un comportamiento generalizado:

La Jurisprudencia civil y penal del Tribunal Superior de Bucaramanga, de la década de 1940, fue compilada por el magistrado Alberto Téllez Camacho. Fueron 1.260 extractos y solamente en uno de ellos se menciona jurisprudencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en materia de control judicial constitucional (Sentencia civil de 9 de abril de 1948, precisamente el día en que fue asesinado Jorge Eliécer Gaitán). Particular interés tienen los 758 extractos de la Sala Civil de dicho tribunal, puesto que, en ese entonces, el derecho civil era el primordial dentro del mundo jurídico. Examinada esa producción se tiene que en 156 sentencias se hizo referencia a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y a la Sala

de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, solo una vez a la Sala Plena, según ya se indicó; también una vez se citó el pensamiento de la Conferencia Episcopal, y en varias oportunidades se hizo referencia a la Oficina Seccional de Trabajo.³

Como se aprecia, eran los propios magistrados de distrito judicial quienes eludían cualquier referencia a los temas constitucionales.

Otro elemento ilustrativo de la manera como jurídicamente se actuaba en aquel entonces: lo normal era acudir a los doctrinantes, fueran colombianos, chilenos o franceses.⁴

Por supuesto que el cambio va a ser radical a partir de 1992, y jueces y magistrados citarán, especialmente en fallos de tutela, a la jurisprudencia

³ Otros ejemplos: en la *Crónica Judicial del Tribunal de Ibagué*, tras examinar los números 606 a 629 y buscar un hilo conductor en los temas laborales o de la seguridad social, se tiene que en la Sentencia del 4 de marzo de 1938 (p. 411 del No. 610) se hace referencia “al fallo que acaba de dictar la CSJ en el cual se le asigna carácter retrospectivo a las cesantías” (pero sin especificar la sentencia). Es más, se publica una solicitud de un juez al Ministerio de Gobierno, en la cual el juez le pide al funcionario que le interprete una norma, el Ministerio responde y el tribunal se enorgullece de que lo que dijo el Ministerio es lo mismo que había dicho el tribunal. Y en otra sentencia publicada en la p. 1070 del No. 626-7, en un caso de riesgos profesionales, no se cita jurisprudencia sino la “doctrina” de la oficina del trabajo. La Sala Plena de la Corte Suprema no es invocada en caso alguno.

En la revista *Justicia*, del Tribunal de Bogotá (Nos. 67 a 121), ocasionalmente se acude a la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia; por ejemplo, la Sentencia de 14 de septiembre de 1943 dice que “es principio sentado por la jurisprudencia que la existencia del despido debe demostrarse y que la carga de la prueba corresponde al empleado, a tiempo que la justificación del despido demostrado corresponde al empleador o patrono” (p. 621, No. 118), no menciona de cuál sentencia de la Corte se trata. Sin embargo, cuando hay referencia a los temas nuevos del derecho civil (enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual, buena fe, etc.) sí se mencionan las sentencias concretas, pero al mismo tiempo se cita a los tratadistas franceses y se les da más importancia que a la jurisprudencia. Y, al igual que en el resto de tribunales del país, la jurisprudencia constitucional no es mencionada.

⁴ Por ejemplo, en más de una oportunidad, la Sala Civil del Tribunal de Bucaramanga se remitió a los textos de Fernando Vélez, Eduardo Rodríguez Piñeres, Carrizosa Pardo, F. Gómez Martínez, Hernando Morales, Antonio Rocha, Cástor Jaramillo Arrubla, Víctor Cock, José M. Gonzáles Valencia, Luis Felipe Latorre, Luis Alzate Noreña, Champeau y Uribe, Ramón Gómez Cuellar, Luis Eduardo Gacharná, Humberto Gómez Naranjo, Gustavo Valbuena, Aníbal Osorio, José J. Gómez, Colin y Capitant, Alfredo Barros Errázuris, Alessandri y Somarriva, Fábrega y Cortés, Planiol y Ripert, Gabriel Palma, Luis Jossierand; era lo que se estudiaba en aquella época y prácticamente durante casi todo el siglo XX.

de la Corte Constitucional. Pero esa mención a la *ratio decidendi* de las sentencias está muy lejos de convertirse en una cultura del precedente jurisprudencial.

- d. Todavía existe una posición anárquica que perjudica al ciudadano y al derecho de igualdad frente a la interpretación. En un mismo tribunal, diferentes salas tienen interpretaciones encontradas.
- e. Existe recelo frente al empleo del método inductivo. La norma jurídica escrita sigue siendo la panacea; el método exegético el más empleado; la seguridad jurídica formal no quiere entregar su trono; los jueces actúan con “espíritu de cuerpo” y por lo mismo le tienen temor a los criterios de la Corte Constitucional que puedan disgustar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado.

Pero, observando desde otra óptica, es mucho lo que se ha avanzado en los últimos quince años. En las universidades y cada vez más en la misma rama judicial, hay operadores jurídicos que estudian las tendencias jurisprudenciales, a partir de casos concretos, para así contribuir al desarrollo de una línea de pensamiento jurídico humanista, comprometida con la profundización de la igualdad, la libertad y la justicia social, apoyada en la fuerza vinculante del precedente judicial y la difusión de la cultura constitucional. Se puede decir, entonces, que no es un despropósito aceptar que se ha ingresado en una dimensión de lo analítico.

4. Avance respecto a la cultura sobre derechos humanos

Cuando la Corte Suprema de Justicia conoció del control judicial constitucional no se hablaba, en los fallos, de derechos humanos. Es la Corte Constitucional, con fundamento en la Constitución de 1991, la que permanentemente los cita, máxime cuando se consagraron los derechos fundamentales. La línea se trazó desde la Sentencia T-08 de 1992:

Los derechos humanos resultan históricamente la razón última del constitucionalismo moderno, cuyo origen no puede entenderse sin la proclamación de los mismos por el mundo de Occidente, desde 1789. Este vínculo esencial entre el Estado y la Libertad, en los denominados Sistemas Demoliberales,

ha permitido una evolución coetánea entre las Instituciones de estos y las exigencias de aquella, siempre con el impulso acordado por la sociabilidad, de reconocer al hombre en sociedad unos grados más altos de aseguramiento de su dignidad. De ese modo es reconocido el aserto anterior en la Constitución Política Colombiana desde su artículo 1.º, al preceptuar que el Estado Social de Derecho, unitario, descentralizado, con autonomía de sus entidades territoriales, democrático, participativo y pluralista, se funda “en el respeto de la dignidad humana”.

Hay que hacer, no obstante, algunas precisiones:

En Colombia, antes de 1991, existió pobreza en la jurisprudencia constitucional sobre libertad e igualdad, pero riqueza jurisprudencial en otros temas como en el proceso de estatización de empresas, subsidios, conquistas laborales y de la seguridad social en pensiones. Después de 1991, es enorme la riqueza de la jurisprudencia constitucional sobre derechos humanos, en todos los aspectos, el avance es obvio. Pero, paralelamente, en la realidad nacional, es muy alto el desmantelamiento de las empresas estatales, el desmonte de los subsidios, la destrucción del derecho laboral proteccionista y de la seguridad social en pensiones, la mercantilización sin precedentes de la salud, el aumento de la pobreza y del desempleo, o sea, algo muy diferente a lo que es un Estado Social de Derecho.

Hecha la anterior aclaración, se relacionarán algunas conclusiones respecto a los derechos, individualmente considerados.

5. Derechos sociales, económicos y culturales

La jurisprudencia, en cuanto al control constitucional (no la jurisprudencia de casación) en algunas ocasiones se puede calificar como proteccionista de los DESC. Analizados en su conjunto los fallos de constitucionalidad de la Corte Suprema y de la Corte Constitucional, se aprecia en ellos un sostenido avance conceptual en materia de pensiones, pero oscilaciones en cuanto a los temas salarial y de estabilidad laboral; un moderado ascenso en la protección al derecho de asociación, y, en ocasiones, tratándose del derecho colectivo

del trabajo y, especialmente, del derecho de huelga, existen jurisprudencias restrictivas.

Se puede plantear, como conclusión, que en materia de política social la visión conceptual de la jurisprudencia constitucional ha sido relativamente aceptable. El modelo neoliberal no tuvo presencia alguna cuando la jurisprudencia constitucional estuvo en manos de la Corte Suprema de Justicia, por la sencilla razón de que solamente viene a conocerse dicho modelo en Colombia a finales de la década de 1980. A partir de 1991, la Corte Constitucional, en ocasiones, ha coqueteado con dicho modelo, pero los juristas de profunda formación, bien sea por las encíclicas de la Iglesia, bien sea por una intuición social, bien sea por mantener las corrientes humanistas, bien sea (en unos pocos) por el conocimiento del marxismo, han impedido la apoteosis de la liberación de las leyes económicas. Por eso, es prudente examinar sin prevención lo que han dicho la Corte Suprema y la Corte Constitucional en las sentencias, no solo de constitucionalidad sino últimamente de tutela.

En el tema de derechos sociales existen varias paradojas:

- a. Antes de 1991 fueron numerosas las demandas por derechos que no estaban en la Constitución. Los ciudadanos acusaban leyes y decretos que tenían que ver con pensiones y salario, no obstante que esos derechos no estaban constitucionalizados.

Por el contrario, es curioso resaltar que aunque a partir de la reforma constitucional de 1936 se permitió el derecho de huelga y se consagró el derecho de asociación, sin embargo son pocas y además restrictivas las sentencias de constitucionalidad que sobre estos dos aspectos profirió la Corte Suprema. Entonces, la paradoja es que respecto a lo que no se sustentaba en norma constitucional, existía respuesta en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mientras que los temas referentes a la huelga y los sindicatos, que sí estaban en la Constitución y en la ley, no tenían un tratamiento acorde con su consagración constitucional.

- b. La otra paradoja es que la Constitución de 1991 dice que Colombia es un Estado Social de Derecho, pero la Corte Constitucional indica que no se identifica con un Estado de Bienestar; es ahí donde surge la gran incon-

sistencia. En efecto, en una sentencia de constitucionalidad, la C-1064 de 2001, cuando se discutió el aumento anual de sueldos para los empleados públicos, la Corte dijo que “el Estado Social de Derecho no impone un modelo económico”, y agregó: “El Estado Social de Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria, con el modelo económico del Estado de Bienestar”. Si la jurisprudencia ha seguido la línea política social, impulsada desde la Corte Suprema en la década de 1950, causa extrañeza que sea precisamente la Corte Constitucional la que diga que el Estado de Bienestar es un modelo económico y no un modelo político con un profundo ligamen con el Estado Social de Derecho. Quizás, el fondo del problema radica en tres motivos: i) el miedo que los magistrados le tienen a la palabra “socialismo” (solo admiten el término “justicia social”, pero si el magistrado está influenciado por el neoliberalismo, tampoco ve con agrado este término); ii) las discrepancias fácticas entre una “justicia social” que surge de la Constitución y una economía de mercado impulsada por el propio Estado; iii) la presencia de la ideología neoliberal en sectores de la sociedad colombiana.

- c. También es paradójico que en tutela prosperen casi todas las acciones por pensiones y salud, y, sin embargo, se proteja la Ley 100 de 1993. Los magistrados de la Corte Constitucional, por unanimidad, en Sentencia C-408 de 1994, le dieron mucha importancia a la discutible teoría genética de los derechos, dividiéndolos en primera y segunda generación. Afirmó la Corte que la seguridad social está dentro de los derechos de segunda generación y que los derechos fundamentales son únicamente los de primera generación. Esta tesis le permitió a la Corte Constitucional declarar que se había expedido correctamente La ley 100 de 1993, sobre seguridad social.⁵

En aspectos puntuales de sentencias de constitucionalidad, se puede reseñar lo siguiente:

⁵ Para salvaguardar la garantía a los derechos a la seguridad social, se los ha venido protegiendo con la teoría de la conexidad con otros derechos que no admiten duda sobre su carácter jusfundamental. Y en la Sentencia T-760 de 2008 se critica la teoría genética.

En el tema de pensiones la evolución es muy interesante: es palpable en la jurisprudencia constitucional de principios del siglo XX la inclinación a proteger las pensiones de los militares de alto rango (aspecto que tenía y tiene su sustento en la Constitución, lo cual muestra el talante ideológico de la sociedad colombiana), mientras que las pensiones a civiles seguían ubicándose en la categoría de simples “gracias”. Desde entonces, se aprecia una fuerte jurisprudencia que impide la revisión de las pensiones. En los primeros años del Frente Nacional, entre 1959 y 1968, no solo la jurisprudencia de la Sala Plena, sino curiosamente también la de la Sala de Casación Laboral, fueron respetuosas de los derechos de los pensionados. Existe un momento culminante de la jurisprudencia en pensiones, cuando se indica que la base de ellas es la solidaridad y la irrevocabilidad. En efecto, el 15 de diciembre de 1965 se avanza mucho en cuanto al garantismo porque se habla del principio de solidaridad humana en el caso de las pensiones. El 15 de marzo de 1968 se decidió sobre la irrevocabilidad de las pensiones jubilatorias, e inclusive las remuneratorias y las graciosas ya causadas, y se estimó que se trataba de un derecho perfecto. Después, la Corte Constitucional va a proyectar lo que había dicho la Corte Suprema en sus fallos garantistas; la cúspide se halla en la Sentencia C-314 de 2004, en la cual, además, se fortalece el derecho colectivo del trabajo.

Sobre salarios, la Corte Constitucional oscila entre una posición garantista y un matiz neoliberal. La jurisprudencia de la Corte Suprema fue muy variada, por eso es difícil conformar una línea, se respalda esta opinión en lo siguiente:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional parte de la base de que el salario es un derecho inalienable, intangible, irrenunciable, y como corolario de lo anterior debe protegerse el salario valor. Al menos, esa fue su posición inicial. Para la Corte no tenía sentido romper el contexto de un salario digno porque esto afectaría la estructura de la Constitución, los compromisos internacionales, los derechos de las personas y el avance doctrinal y jurisprudencial. La tensión entre valorismo y ponderación, para la progresividad del salario, se aprecia en las siguientes sentencias: en la C-710/99 y en la SU-995/99 se señaló que los incrementos salariales son útiles e indispensables para atender a las necesidades de los trabajadores, golpeados por el proceso inflacionario; en la

T-102/95 se ordenó reajustar salarios en un equivalente a la variación porcentual del índice de precios al consumidor; la acción de tutela ha sido invocada y ha prosperado en casos de desequilibrio (T-102/95, SU-342/95, T-261/97, entre otras), y es particularmente sensible la jurisprudencia a la afectación del mínimo vital, dándosele a esta figura una connotación cualitativa y no cuantitativa (T-439/00); la Sentencia C-1433/00 plantea la caracterización del salario-valor; pero, posteriormente, la Sentencia C-1064/01 estableció la ponderación para el aumento salarial, es decir una progresión hacia abajo, rompiendo la estructura del salario-valor; luego, la Sentencia C-1017/03 buscó cierto equilibrio y volvió al aumento salarial teniendo como eje el IPC y como fundamento el principio de la progresividad, aunque el aumento según el IPC también se va a ponderar.⁶

En cuanto al *derecho individual y el colectivo del trabajo*, en 1991 formalmente se constitucionalizaron algunos temas del derecho laboral, tanto individual como colectivo, pero la realidad es que hubo flexibilización laboral y que la jurisprudencia sobre convenciones colectivas no es tan garantista como la referente al derecho individual del trabajo. Es decir que, con mejores normas, se desmejoró, en la práctica.

En el tema de la *huelga* también hay variedad de criterios que impiden, por ahora, auscultar una línea jurisprudencial. Por ejemplo, la Corte Constitucional permite la huelga de solidaridad, pero en la Sentencia C-548 de 1994 se dijo que no era derecho absoluto. Esta Sentencia hace parte de una línea poco coherente. Es así como en la C-110 de 1994 se partió de la base de que “a partir de la Carta de 1991, no todos los trabajadores oficiales tienen prohibida la huelga”. En la Sentencia C-473 del mismo año, el verbo rector no es “prohibir”, sino “garantizar”; luego se retrocede: en la C-450 de 1995 se dijo que la definición de servicios públicos esenciales no debe ser taxativa sino indicativa, debe ponderarse; el derecho de huelga, según tal sentencia, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios “por el mayor rango que estos tienen”. Aspecto este que se extiende en la Sentencia C-993 de 2000, al expresar: “Dicho de otra manera, el ejercicio de la huelga, que no ha sido reconocido como

⁶ En el tema de las cesantías, la posición jurisprudencial, especialmente en tutela, las va a proteger básicamente bajo el alero del derecho a la igualdad.

fundamental, ni es absoluto ni puede reconocérsele una jerarquía superior a otros derechos igualmente reconocidos por la Constitución, como son los de propiedad y libertad de empresa, de los cuales son titulares los empleadores”.⁷

En materia de *salud*, la jurisprudencia, en las sentencias de constitucionalidad, antes y después de la Constitución de 1991, se ha centrado en su faceta de servicio público. En el caso de la Corte Constitucional, la atención ha sido enfocada, también, en aspectos relativos a la financiación del servicio, tales como la destinación específica de los recursos y la ampliación progresiva del gasto público social en salud. En el primer caso, la Corte ha desarrollado una línea importante sobre la incompatibilidad del mandato de destinación específica de los recursos de la salud con la imposición de gravámenes para la financiación de otras necesidades estatales o la adopción de medidas de reactivación económica. En el segundo caso, ha sostenido con consistencia que los recursos destinados al servicio de salud deben ampliarse progresivamente, dada la naturaleza del derecho que amparan. También se destaca en el tema de salud la constante afirmación de la Corte de que es un deber del Estado vigilar y controlar la prestación de los servicios de salud, con miras a la garantía de un servicio de calidad. Esta necesidad ha llevado a la Corte a avalar la intervención del Estado en la prestación de cualquier tipo de servicio de salud, incluso cuando media una relación exclusivamente privada, como en el caso de los servicios de medicina prepagada. En este sentido, la Corporación ha expresado continuamente que el que esté de por medio la garantía de un derecho fundamental, impone límites a la autonomía privada como manifestación de la vinculación de los derechos fundamentales a los particulares.

En contraposición con los fallos de inconstitucionalidad, las sentencias de tutela son numerosísimas, enuncian los procedimientos médicos y los medicamentos que pueden ser ordenados mediante el amparo, y vale la pena

⁷ La misma sentencia señala que si la huelga es causada por culpa exclusiva del empleador, se les paga el salario a los trabajadores. Sin embargo, lo común es que, salvo en los casos en que fueron ponentes los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Jaime Araújo Rentería, exista temor a la huelga.

resaltar que la Sentencia T-760 de 2008 reconoció que la salud es un derecho fundamental, algo que no se ha hecho en las sentencias de constitucionalidad.

En cuanto a la *educación*, la jurisprudencia de control de constitucionalidad también se ha centrado en su carácter de servicio público. En el caso de la Corte Suprema de Justicia, la preocupación principal fue la competencia para regular la educación como servicio público –típica actividad administrativa–. En este contexto, las discusiones giraron alrededor de la división de competencias entre el Legislador y el presidente de la República, y la balanza siempre se inclinó a favor de este último.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el reconocimiento, en la Constitución de 1991, de la educación como derecho fundamental, ha permitido el estudio de problemas más interesantes. En este respecto se destacan los pronunciamientos sobre el deber del Estado de mantener en los presupuestos anuales, cuando menos, los mismos niveles de gasto con el fin de garantizar el mismo grado de cobertura pública y las mismas prerrogativas ya alcanzadas, como manifestación del principio de progresividad en los DESC. También sobresalen los fallos sobre medidas tendientes a elevar la calidad del servicio de educación, tales como la profesionalización de la carrera docente, los exámenes de suficiencia académica y la obligatoriedad de las instituciones educativas de ofrecer programas de bienestar y deportes, en aras de la formación integral de los educandos.

En el marco de las limitaciones que la educación impone a la iniciativa privada, vale la pena mencionar el pronunciamiento relativo a la prohibición del cobro de bonos escolares, ya que de él se desprende un mandato de remuneración razonable del servicio cuando es prestado por particulares.

Es preciso mencionar las sentencias sobre la autonomía universitaria, como garantía de la independencia de la educación superior. En este punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido un instrumento de precisión de las prerrogativas que se desprenden a favor de las universidades.

En cuanto a *materia económica*, es muy interesante hacer una comparación entre los fallos proferidos en febrero y marzo de 1983, por la Corte Suprema de Justicia (que expulsaron del mundo jurídico, acudiéndose a la teoría de la argumentación, los necesarios decretos de emergencia económica,

que no eran neoliberales), con los fallos humanistas de la Corte Constitucional sobre vivienda.

En el tema del derecho a una *vivienda digna*, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la garantía de los gastos soportables en el contexto de los créditos de vivienda. En este marco la Corte profirió los pronunciamientos en los que fue desmontado el UPAC y en los que se avaló la constitucionalidad del UVR. Estas decisiones fueron adoptadas en medio de una gran tensión entre magistrados con distintas visiones sobre el rol del juez constitucional en materias económicas. Pese a todas las críticas, en estos fallos la Corporación fijó los criterios que debían guiar el diseño del nuevo sistema de financiación, con miras a la garantía del derecho a una vivienda digna.

6. Derechos colectivos, función social y ecológica de la propiedad

Históricamente la propiedad privada se ha tornado especialmente protegida por parte de los ordenamientos jurídicos y la marcada influencia propietarista derivada de los movimientos ilustrados. No obstante, la propiedad privada ha visto morigerado su alcance a través de la inclusión de conceptos como los de función social y ecológica, los cuales han constituido un límite para su ejercicio y han permitido que se le imprima la utilidad social.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y posteriormente la de la Corte Constitucional han proporcionado un giro ideológico a la vetusta concepción de la propiedad privada. Particularmente, los salvamentos de voto de la primera de las altas corporaciones mencionadas, han aportado las herramientas para lo que hoy se entiende como el enfoque jurisprudencial en materia de función social y ecológica.

Tanto la función social como la ecológica han sido entendidas como los límites al derecho de propiedad; a pesar de ello esta limitación deberá ser necesaria y proporcional a fin de no hacer que el derecho se torne impracticable y se cercene una de las garantías más antiguas en el mundo del derecho.

Con el concepto de función social de la propiedad privada se impone una primera limitación al ejercicio del derecho a la propiedad, la cual se encuentra fundada en la necesidad de que a través de este se logre la convivencia pacífica

de la sociedad, se predique la solidaridad y se favorezca la utilidad pública. Por su parte, el concepto de función ecológica se puede considerar como una tercera etapa de la noción de propiedad privada, que se evidencia en la Constitución de 1991 con mayor claridad y brinda uno de los principales elementos para que dicha Carta sea catalogada como la “Constitución ecológica”, junto con la inclusión de los derechos colectivos y los mecanismos de protección de los mismos.

La Corte Constitucional, al ser receptiva frente al dinamismo de los derechos humanos, ha permitido la protección de diversos derechos colectivos, los cuales, fundados en el concepto de desarrollo sostenible, se han fijado como uno de los principales objetivos de la nueva consagración constitucional, que se imprime de elementos de resguardo para el medio ambiente, la equidad intergeneracional y los recursos naturales.

Las nuevas realidades de la sociedad han causado la aparición de nuevas acciones en defensa y protección de los derechos humanos. Es el caso de las acciones populares y de grupo e incluso de la responsabilidad objetiva en materia de derechos colectivos, pese a que esta última no ha sido aún regulada legislativamente.⁸ Todo ello constituye un importante avance en materia de regulación de los mecanismos de protección de los derechos humanos.

Las nociones de función ecológica y social de la propiedad privada han desbordado el concepto de esta última como derecho individual y fundamental. A partir de las reformas de 1936 y de 1991, se pretendió morigerar su carácter y darle un nuevo enfoque, el cual se basó en la comprensión del mismo a partir de sus propios límites, siendo estos el beneficio para los demás y la conservación del medio ambiente sobre la base de la responsabilidad con las generaciones futuras.

A lo largo del análisis realizado, se puede afirmar que la jurisprudencia relativa a la función social y ecológica proveniente de las dos Cortes (Suprema

⁸ Las acciones populares se pueden considerar como un mecanismo cercano a la ciudadanía para la protección y defensa de los derechos colectivos, un mecanismo que ha ampliado el espectro de garantía de los derechos humanos atendiendo a su carácter dinámico. Por su parte, las acciones de grupo, a diferencia de las acciones populares, no han sido tan comprendidas ni ejercitadas, olvidando así que estas representan un elemento valioso para lograr la reparación de los perjuicios derivados de la vulneración a los derechos humanos.

de Justicia y Constitucional) plantea un reto constante a las rígidas normas del Código Civil y cuestiona así su ideología y la forma de entender el derecho de dominio.

Asimismo se evidenció que la Corte Suprema de Justicia fijó muchas de las bases de la jurisprudencia desarrollada posteriormente por la Corte Constitucional, y que las declaraciones garantistas de la primera de estas cortes se dieron a partir del estudio de los casos relativos a la expropiación de tierras.

En lo atinente a la función social, es decisiva la labor desarrollada por la Sala Civil de la Corte Suprema, la cual sienta en algunos casos las bases para lo que luego conceptúa la Sala Plena de esta misma Corte en relación con dicho tema.

La función ecológica de la propiedad resulta ser una conquista de la Carta de 1991, siendo aquella un elemento integrante de la función social. No obstante, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena, poco tiempo antes de la vigencia del nuevo orden constitucional, habló de la función ecológica como elemento importante a tener en cuenta a la hora de valorar un caso en el que se involucrase la propiedad privada.

La “Constitución ecológica”, tal y como ha sido llamada la de 1991, mostró su nueva perspectiva no solo a través del reconocimiento de la función ecológica como refuerzo a la función social de la propiedad, sino también por medio de la consagración de derechos colectivos y sus mecanismos de protección. No obstante, se plantea como un reto la verdadera materialización del respeto por la función social, incluyendo por supuesto su dimensión ecológica.

La jurisprudencia relacionada con la función social, si bien no es abundante, contiene importantes declaraciones que han sido reiterativas a lo largo de los tiempos; por su parte la función ecológica merece mayor atención de parte de la jurisprudencia constitucional, pues es precario su tratamiento y en muchos de los casos se trata de manera tangencial con ocasión de la función social.

En este sentido se puede afirmar que la tendencia jurisprudencial de las cortes frente a la función social y ecológica es más o menos uniforme en lo que se refiere a la garantía de este derecho, y no existen mayores variaciones respecto

de su conceptualización, por lo que no resulta inadecuado afirmar que estas nociones han sido incorporadas fácilmente a la jurisprudencia colombiana.

En consecuencia, se puede afirmar que la línea actual es la de apartarse del Código Civil, con un avance conceptual, por ejemplo, en desarrollo sostenible, responsabilidad y problemáticas ambientales.

7. Derechos de la familia y el menor

Muy importante para la jurisprudencia es la igualdad dentro de la esfera familiar, esta es una de las líneas elaboradas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ese garantismo se ve respaldado no solamente por la Constitución sino por los tratados internacionales.

En las sentencias C-047 de 1994 y C-105 de 1994, entre otras, se aprecia lo siguiente:

- a) La Constitución pone en un plano de igualdad a la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos, es decir, a la que surge de la “voluntad responsable de conformarla” y a la que tiene origen en el matrimonio.
- b) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia, independientemente de su constitución por vínculos jurídicos o naturales, lo cual es consecuencia lógica de la igualdad de trato.
- c) Por lo mismo, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, sin tener en cuenta el origen de la misma familia.
- d) La igualdad está referida a los derechos y obligaciones, y no implica identidad.

En conclusión, son igualmente dignas de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio y las constituidas al margen de este.

Respecto a la protección de los menores, adquiere particular importancia la Sentencia C-994 de 2004. Allí se indica:

Las razones básicas de esta protección a los niños y a los adolescentes son: i) el respeto de la dignidad humana que, conforme a lo previsto en el art. 1.º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado

Social de Derecho colombiano; ii) su indefensión o vulnerabilidad, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social, y iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.

Desde un punto de vista más institucional, dentro de la estructura del Estado, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la protección reforzada de los derechos de los niños y de las niñas encuentra sustento en varias razones, entre las cuales se resaltan tres. La primera es que la situación de fragilidad en que están los menores frente al mundo, en mayor o menor grado dependiendo de su desarrollo personal, impone al Estado cargas superiores en la defensa de sus derechos frente a lo que debe hacer para defenderlos de otros grupos que no se encuentran en tal situación. La segunda es que se trata de una manera de promover una sociedad democrática, cuyos miembros conozcan y compartan los principios de la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. La tercera razón tiene que ver con la situación de los menores en los procesos democráticos. La protección especial otorgada por el Constituyente a los menores es una forma de corregir el déficit de representación política que soportan los niños y las niñas en nuestro sistema político, al no poder participar directamente en el debate parlamentario.

Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garantizan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlas. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un “derecho de protección” puede ser cualquier persona (artículo 2.º C.P.), no solo

los “sujetos de protección especial” como niños, personas con discapacidad o adultos mayores (artículo 44 C.P.).

8. Libertades individuales

Los derechos de libertad fueron conculcados durante la época de aplicación del artículo 121 de la Constitución de 1886. Especialmente grave fue la Sentencia de 12 de junio de 1945 que hizo un catálogo de los derechos constitucionales que no se aplicarían durante el estado de sitio. Esta posición tiende a radicalizarse en jurisprudencias de 1948 (después del 9 de Abril), en el primer semestre de 1956 y a finales de la década de 1960, como mecanismo de la Guerra Fría y ante la amenaza de la influencia de la Revolución Cubana.

Esa línea restrictiva, en materia de libertades individuales, se va a modificar con la Corte Constitucional. Aunque no se puede soslayar una discusión concreta: la tensión entre libertad positiva y libertad negativa.

En el actual itinerario jurisprudencial la línea es la del garantismo. El punto de apoyo en el cual se respaldará el núcleo de la línea garantista en derechos de libertad es, de manera importante, la Sentencia C-221 de 1994. El tema sobre el tipo de libertad que asumirá la Corte Constitucional sobre las libertades individuales se presenta en el debate en torno a la filosofía de las libertades, en sus dos versiones más profundas: el tema de la libertad de los antiguos confrontada con la libertad de los modernos.⁹ En esos dos aspectos se realizará por la Corte el debate sobre la despenalización de la dosis personal en materia de alucinógenos. La Corte Constitucional, en cabeza de Carlos Gaviria como magistrado ponente, con el voto mayoritario, impondrá el tema de la libertad de los modernos o libertad liberal defendida por Benjamin Constant. La deliberación y decisión, como núcleo de la línea jurisprudencial, es el derecho de libertad en su sentido negativo, es decir, de autonomía personal, por oposición a la libertad de los antiguos o libertad como autonomía política o libertad positiva, que permite al Estado intervenir

⁹ Benjamin Constant, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

en la esfera privada de los individuos en provecho del bienestar colectivo, y que será el argumento principal de quienes salvaron el voto en esa sentencia de constitucionalidad. El sentido de la argumentación sentó la filosofía que caracterizará el desarrollo de esa línea: en tanto se protege la libertad negativa la línea se hace más garantista. No sobra insistir que, por el contrario, en tanto la argumentación alega el proteccionismo, el paternalismo del Estado, se aproxima al concepto de la libertad de los antiguos, se imponen límites a las libertades individuales y se sacrifica el interés individual al interés general o por razones de orden público. Claro está que la garantía de las libertades individuales estará puesta en su relación al tema de la dignidad, en la medida en que esta se centra en el sujeto moral.

Ese fue el primer eslabón de la línea jurisprudencial, su núcleo, la protección de las libertades negativas o libertades individuales.

Sin embargo, el criterio de coherencia de la línea jurisprudencial se va a afectar en su desarrollo sucesivo. Puede apreciarse cómo se corre la línea hacia el concepto de libertad positiva según el derecho que se pretende proteger y la colisión que se presenta entre derechos. En ese sentido, ese mismo año –1994– se presentará en la Corte Constitucional el debate sobre la despenalización del aborto, y en la colisión o confrontación entre derechos, con el mismo argumento que se garantizó el derecho de libertad para la despenalización de la dosis personal por consumo de alucinógenos, la Corte negará el derecho a la despenalización del aborto. Para los magistrados que votaron a favor de la inconstitucionalidad de la penalización de la dosis personal de alucinógenos, el Estado no debe asumir una concepción paternalista en materia de derechos. Para ellos la Constitución garantiza una esfera de autonomía individual que solo puede ser limitada por los derechos de los demás cuando con una determinada actuación se les haga daño. La jurisprudencia previa sobre el tema de la autonomía no era uniforme. Se había afirmado la prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre razones de moralidad y orden público. Posteriormente, con el mismo argumento pero en sentido contrario, se declaró constitucional la penalización del aborto, aduciendo que el derecho de la madre al libre desarrollo de la personalidad debía ceder ante el derecho de la vida del que está por nacer,

Sentencia C-133 de 1994.¹⁰ En estos dos casos se habían establecido dos precedentes distintos, conforme a dos visiones distintas del concepto de libertad.

Otro aspecto muy importante, en esta orientación, es la conjunción de los derechos a la libertad, la vida, la dignidad y la seguridad:

- a. El derecho a la vida “[e]s el derecho del hombre a mantener y conservar del mejor modo posible su existencia humana, su vida plenaria, su salud corporal, su ser de hombre, que es el requisito indispensable para poder llegar a ser lo que está llamado a ser. [...] El derecho a la vida, por tanto, se desglosa, a su vez, en una serie de derechos más concretos: el derecho a la vida saludable e íntegra se mantiene en pie en cualesquiera circunstancias”.¹¹ Es decir, el núcleo de este derecho tiene una gran amplitud; sin embargo, la misma Corte trata de limitarlo, de ahí que “[e]l derecho a la vida no implica la mera subsistencia, sino el vivir adecuadamente en condiciones dignas. Obviamente, este deber de asistencia del Estado, no lo obliga sino en la medida de las capacidades reales de su estructura protectora, pues nadie está obligado a lo imposible”.¹² Es decir que, en cierta forma, con la teoría de los mínimos vitales (a la cual es muy dada la jurisprudencia constitucional en Colombia) se desvirtúa el mandato del artículo 366 de la Constitución Política que fija como uno de los principales objetivos del Estado el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.
- b. En cuanto al derecho a la dignidad, existe dificultad conceptual para precisar el derecho, aunque hay una retórica muy fluida al respecto. Por ejemplo, dentro de una visión liberal: “La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones”,¹³ dentro de una visión humanista: “La dignidad humana exige pues que

¹⁰ Ver César Rodríguez, *La decisión judicial, el debate Hart-Dworkin*, Siglo XXI - Universidad de los Andes, Bogotá, 1999, pp. 66-68.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-029 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 1992, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal”.¹⁴ Y, en la visión idealista, la dignidad humana es la base para la organización social, es en última instancia, el objeto del contrato social, la finalidad del Estado.

- c. Existe línea jurisprudencial garantista en derechos de libertad en materia de seguridad jurídica, en la especificidad de la no privación de la libertad, por hechos que afectan los bienes y derechos jurídicamente tutelados por el derecho penal. Se ha evolucionado históricamente de una libertad basada en la seguridad colectiva, que sometía las libertades individuales a la visión unitaria de una nación con una sola religión y un solo idioma, que desconocía el reconocimiento de la diversidad y se reflejaba en el tema de los derechos en una visión anclada en un positivismo jurídico, asumido como defensa social bajo la figura del peligrosismo social, que desvinculaba el derecho penal de todo asomo de libertad en términos de autonomía y de responsabilidad por los actos individuales; de tal forma que la sospecha de peligrosismo era base para limitar la libertad. Sin embargo, la línea garantista ha protegido la libertad, hasta llegar a tratarse como una excepcionalidad extrema en el proceso acusatorio recientemente aprobado en Colombia.

9. Igualdad

En la Constitución de 1886 no se estableció el derecho de igualdad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia de 25 de noviembre de 1935, planteó una de las discusiones más importantes sobre el tema. De esa decisión lo importante es el salvamento de voto de Antonio Rocha Alvira y Juan Francisco Mújica, porque es el anuncio de una ruptura ideológico-jurídica

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 1994, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

que desafortunadamente no tuvo eco inmediato, sino medio siglo después en la Corte Constitucional.

Juan Francisco Mújica y Antonio Rocha Alvira, el marxista y el burgués, se identificaron en la caracterización del Estado de Derecho y lo hicieron magistralmente, porque veían en la ideología feudal y tradicional algo que debía superarse. El punto de convergencia de esas dos ideologías distintas (marxista y burguesa) se ubicó, curiosamente, en el más claro y decisivo proyecto jurídico-político hecho hasta ahora en un pronunciamiento jurídico, a saber: a) libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano; b) la igualdad del mismo respecto de todos los demás, como súbdito; c) la independencia de todo miembro de una comunidad, como ciudadano. Para los dos magistrados la ley presupone, como condición esencial, que sea general. Este elemento esencial de la ley presupone el de la igualdad ante ella, porque el principio de la igualdad ante la ley es inmanente al concepto de ley propio del Estado de Derecho, tal como lo consagra nuestra Constitución, a causa de que no puede existir una norma general sin que contenga en sí misma la posibilidad de una igualdad. La Constitución no dice de manera expresa que todos los ciudadanos son iguales ante la ley, pero desconocer que este precepto está contenido implícitamente y de manera fundamental en la decisión política de ella, sería negar que el Estado Colombiano reviste la forma de una república democrática.

La democracia se basa en el derecho igual de todos los ciudadanos, de manera que la inevitable diferencia entre gobernantes y gobernados no se convierte en Colombia en una distinción y singularización cualitativas de las personas gobernantes. El gobernante no lo es porque pertenezca a una capa social superior o menos valiosa. Desde el momento que el poder emana del pueblo, el gobernante se diferencia a través del pueblo pero no frente al pueblo. Se supone que el gobernante lo es porque tiene la confianza del pueblo, pero no porque esté colocado sobre este; la igualdad democrática descansa sobre la homogeneidad sustancial de los ciudadanos como tal. Por este motivo, el Legislador no puede por medio de una ley crear y establecer privilegios a favor de determinados ciudadanos o de ciertas clases sociales, o de especiales situaciones también sociales. Tratándose de cuestiones de derecho público, el principio de la igualdad es absoluto en sus consecuencias y aplicaciones, por-

que prima de manera incondicional lo público sobre lo privado. La igualdad del derecho privado se toma, de acuerdo con la decisión política constitucional, no en el sentido de la igualdad económica de bienes, sino en el de que las leyes de derecho privado valen igual para todos. El principio de la igualdad ante la ley no es solamente aplicación igual de la ley vigente, sino también protección contra quebrantamientos, dispensas y privilegios. Se aprecia también, en el salvamento, la lógica de Rocha y el historicismo de Mújica.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional el giro se puede resumir así:

Según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe entenderse que el principio de igualdad no impide que la ley establezca tratos diferentes, siempre y cuando respondan a test o juicio de proporcionalidad. La Corte Constitucional ha adoptado un “juicio integrado” de igualdad, que aprovecha lo mejor de las metodologías norteamericana y europea. Por consiguiente, el escrutinio judicial debe ser más intenso en los siguientes casos: cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas; cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza (La Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías); cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, y cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, ya que estas ameritan una especial protección del Estado.¹⁵ Es que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las condiciones señaladas en la Sentencia C-454 de 1999.

En otro aspecto, en una visión genérica, el concepto de la igualdad ha ido evolucionando en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así: en un primer pronunciamiento, la Corporación sostuvo que la igualdad implicaba el trato igual entre los iguales y el trato diferente entre los distintos. En un

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

segundo fallo la Corte agregó que para introducir una diferencia era necesario que esta fuera razonable en función de la presencia de diversos supuestos de hecho. En una tercera sentencia la Corporación ha defendido el trato desigual para las minorías.

El derecho de igualdad presenta diferentes enfoques que varían según el objeto de protección. Igualdad en materia social y de nacionalidad, igualdad en materia tributaria, igualdad por razones de género e igualdad desde la perspectiva del procedimiento judicial. Particular importancia tiene la igualdad por razones de género. Dentro del derecho a la igualdad, están las acciones afirmativas como mecanismo para la equiparación de género. En cuanto a la constitucionalidad de acciones afirmativas o de discriminación positiva a favor de la mujer se encuentran sentencias como la C-964 de 2003, en la que la Corte Constitucional manifestó que la protección legal solamente a las madres cabeza de familia no viola el derecho a la igualdad.

10. Acceso a la justicia

El debido proceso ha sido suficientemente desarrollado, en forma garantista, por las sentencias de tutela, en muchas ocasiones bajo la orientación de acceso a la justicia, lucha contra la impunidad y respeto al derecho de defensa. En sentencias de constitucionalidad, existió un temor reverencial frente a las normas del antiguo Código Judicial, por eso, durante muchas décadas, fueron escasas las sentencias en las cuales se estudiara lo del debido proceso. Sin embargo, al expedirse el Código de Procedimiento Civil, que principió a regir en 1971, se pensó que podrían ser inconstitucionales normas que afectarían garantías constitucionales o que limitarían el acceso a la justicia en sus diferentes vertientes.¹⁶ Después de creada la Corte Constitucional, han sido numerosas las demandas en materia de procedimientos, y sobre muchos temas procesales; pero el aspecto del derecho material de acceso a la justicia es escaso. Una de las últimas sentencias es la C-713 de 2008 (revisión previa a la

¹⁶ El tema de los procedimientos ha sido manejado, en Colombia, especialmente, por los Tribunales de Distrito.

ley estatutaria de la administración de justicia, que se distingue con el número 1285 de 2009), que enfrenta numerosos temas, más de carácter puntual que de fondo.¹⁷ Lo concreto es que frente al “casuismo” y “formalismo” acostumbrados en juzgados y tribunales, no se ha levantado una fuerte jurisprudencia constitucional que, en cumplimiento del canon constitucional, prefiriera el derecho material sobre las formalidades.

11. Derechos adquiridos

En la investigación se relacionaron las sentencias más importantes proferidas durante un siglo, para analizar la evolución coherente que ha tenido el tema de los derechos adquiridos: la de 2 de marzo de 1918, que recoge la visión del derecho adquirido ligada a la aplicación de la ley en el tiempo. La de 28 de octubre de 1925, que caracteriza al derecho adquirido como un derecho real. La de 9 de noviembre de 1929, que se remite al artículo 28 de la Ley 153 de 1887. La de 12 de noviembre de 1937, que reconoce que el derecho adquirido es el derecho perfecto. La de 28 de febrero de 1946, donde se habla del status del pensionado y el derecho adquirido a la jubilación. La de 6 de febrero de 1967, que habla de situación jurídica concreta. La de 12 de diciembre de 1974, sobre situación jurídica concreta y subjetiva. La Sentencia C-168 de 1995 define el concepto de derecho adquirido sin apartarse de la proyección que había señalado la Corte Suprema. La Sentencia C-262 de 1995 reafirma la aplicación del derecho adquirido en el derecho público. La Sentencia C-584 de 1997 reitera la diferenciación entre derechos adquiridos y simples expectativas. La Sentencia C-314 de 2004 constituye jurisprudencia paradigmática en cuanto a los derechos adquiridos; su visión

¹⁷ Entre otros temas que desarrolla la Sentencia C-713 de 2008 están los siguientes: sobre principios procesales: control de legalidad, celeridad, oralidad, gratuidad; respecto a organización judicial: jurisdicción constitucional, jueces indígenas, jueces de descongestión, mapa judicial, juzgados de pequeñas causas; en lo tocante a funciones: función jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura, competencia residual, conciliación y arbitramento; sobre trámites: selección en salas de casación, reglamento para las salas del Consejo de Estado, revisión eventual en el Consejo de Estado, motivación para la selección eventual para revisión en el Consejo de Estado, turnos para resolver los asuntos, la informática en la administración de justicia, cambio de radicación.

es amplia, ampara inclusive a los derechos convencionales. Como se aprecia, es una rica jurisprudencia garantista, que no puede ser minimizada. En consecuencia, en el tema de los derechos adquiridos, se ve clarísima la necesidad de hacer un estudio conjunto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), *Actividades de la ANDI en material de erradicación del trabajo infantil*. En: www.iadb.org/sds/doc/SOC-AEchavarria1-s.pdf
- Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886*, Imprenta de la Luz, Bogotá, 1913.
- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”. En: *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, No. 12, 2001.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- Arias Amaya, Camilo Andrés; Johanna del Pilar Cortés Nieto *et. al.*, “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En *Estudios Socio-jurídicos*, 9, 2007.
- Asenjo, Oscar de Juan, *La Constitución económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Asís, Rafael de, “Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos”. En: Javier Muguerza y Gregorio Peces Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- Barbagelata, Aníbal, *Derechos fundamentales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1986.
- Baldasarre, Antonio, “Los derechos sociales”. En: *Revista del Derecho del Estado*, No. 5, agosto de 1998, pp. 3-80.

- Barajas Montes de Oca, Santiago, *La huelga: un análisis comparativo*, UNAM, México D.F, 1983.
- Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Betancur Cuartas, Jaime, *Jurisprudencia constitucional, 1969 a 1977*, tomo I, Librería del Profesional, Bogotá, 1978.
- Blanco Valdés, Roberto, *El valor de la Constitución. Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*, Alianza, Madrid, 1994.
- Bobbio, Norberto, "Presente y porvenir de los derechos humanos". En: *Anuario de Derechos Humanos*, 1, 1982.
- Bonnet, Julien, *La escuela de la exégesis*, Boccard, París, 1924.
- Cabrera, Julio, *Cine. 100 años de filosofía: una introducción a la filosofía a través del análisis de películas*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- Cabriola, Antonio, *Ensayos sobre la concepción materialista de la historia*, Bonnet, París, 1928.
- Castellanos, José Luis y Manuel Porras, *Servicios sociales para niños, adolescentes y jóvenes*. Conferencia en el Máster en Dirección y Gestión de Bienestar Social y Servicios Sociales, OISS y Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2006.
- Cepeda, Manuel José, *La Constituyente por dentro. Mitos y realidades*, Presidencia de la República - Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Bogotá, 1993.
- Cepeda, Manuel José, *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo Constitucionalismo*, Presidencia de la República - Consejería para el Desarrollo de la Constitución, Bogotá, 1993.
- Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Alfaomega - Cambio, Bogotá, 2001.
- Código Civil Colombiano, compilación de José Antonio Archila, Cromos, Bogotá, 1937.
- Constant, Benjamin, *De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Copete Lizarralde, Álvaro, *Lecciones de derecho constitucional*, Lerner, Bogotá, 1960.

- Corte Suprema de Justicia, *Compilación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Corte Suprema de Justicia, Bogotá, 1927.
- Defensoría del Pueblo, *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2003.
- De la Cueva, Mario, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, tomo II, Porrúa, México D.F, 1979.
- De Trazegnies Granda, Fernando, *Postmodernidad y derecho*, Temis, Bogotá, 1993.
- Díez Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993.
- Dueñas Ruiz, Oscar José, *Control constitucional*, 2.^a edición, Librería del Profesional, Bogotá, 1997.
- Dueñas Ruiz, Oscar José, *Anatomía de las constituciones*, Librería del Profesional, Bogotá, 2004.
- Dueñas Ruiz, Oscar José, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, 3^a edición, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.
- Durán, Marco Antonio, "La función social de la propiedad de la tierra en América Latina". En *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, No. 189, 1966.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1977.
- Esping-Andersen, Gosta, *Los tres mundos del Estado del Bienestar*, Alfons el Magnanim, Valencia, 1993.
- Estermann, Josef, *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona*, Abya-Yala, Quito, 1998.
- Gaitán Muñoz, L., *Bienestar de la infancia*. Conferencia en el Máster en Dirección y Gestión de Bienestar Social y Servicios Sociales, OISS y Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 2006.
- Gallego, Elio, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- Galvis Ortiz, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, Aurora, Bogotá, 2003.
- Garapon, Antoine y Ioannis Papadopoulos, *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*, Legis, Bogotá, 2006.

- Garavito, Fernando, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1915.
- García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.
- García Montero, Luis, "En tela de Picasso". En *El País Semanal*, No. 1547, 2006.
- Gilmore, G., "Legal Realism: Its Cause and Cure". En: *The Yale Law Journal*, 70, 7.
- Guerra, José Joaquín y Manuel Pombo, *Constituciones de Colombia*, Echeverría Hermanos, Bogotá, 1892.
- Historia del arte, tomo XVII, Salvat, Madrid, 2006.
- Holguín Sarria, Armando, *El debate general en la Asamblea Nacional Constituyente*, Contraloría General de la República, Bogotá, 1991.
- Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, Grijalbo, Barcelona, 1997.
- Londoño, Beatriz, *Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2004.
- López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2001.
- Muguerza, Javier, "La alternativa del disenso". En: Javier Muguerza y Gregorio Peces Barba (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.
- Nieto Arteta, Luis Eduardo, *La interpretación de las normas jurídicas*, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1945.
- Ortiz Rivas, Hernán, *Estudios de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2000.
- Parejo Alfonso, Luciano, "Constitución y valores del ordenamiento". En: Luciano Parejo Alfonso, Luis Martín Reboyo, Suay Rincón et. al., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo I, Civitas, Madrid, 1991.
- Peces Barba, Gregorio y Eusebio Fernández García, *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 1998.
- Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1999.

- Plataforma Colombiana Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PCDHDD), *Alrededor del tema "Constitucionalismo, Estado Social de Derecho y realización integral de los derechos humanos"*. En: www.colombiana.org/docus_foro/constitucionalismo.doc
- Pombo, Manuel Antonio y José Joaquín Guerra, *Constituciones de Colombia*, Echeverría Hermanos, Bogotá, 1892.
- Presidencia de la República de Colombia, Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, febrero de 1991.
- Prieto Sanchís, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad material". En: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid*, No. 22, septiembre - diciembre, 1995.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Restrepo Piedrahíta, Carlos, *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia, compilación*, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia - Instituto de Estudios Constitucionales, Bogotá, 1997.
- Rodríguez, César, "El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad". En: *Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes*, 1998.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial, el debate Hart - Dworkin*, Siglo XXI - Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.
- Sáchica, Luis Carlos y Jaime Vidal Perdomo, *La Constituyente de 1991. Compilación y análisis histórico-jurídico de sus antecedentes y primeras decisiones*, tomo I, Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1991.
- Sánchez de la Torre, Ángel, *Textos y documentos sobre derecho natural*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1974.
- Sánchez de la Torre, Ángel, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Gedisa, Barcelona, 1982.
- Sanclemente, Carlos, *El presidente Sanclemente*, Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 1996.
- Schmitt, Carl, *La teoría de la Constitución*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934.
- Solar Cayón, Ignacio, *Política y derecho en la era del New Deal, del formalismo al pragmatismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 2002.

- Tafur Morales, Francisco, *La nueva jurisprudencia de la Corte*, Óptima, Bogotá, 1939.
- Tafur Morales, Francisco, “La nueva jurisprudencia de la Corte y la reforma del Código Civil”. En: *Cultura Jurídica, Económica y Social*, tomo 3, No. 9, febrero, 1940.
- Téllez Camacho, Alberto, *Jurisprudencia del Tribunal de Bucaramanga*, Imprenta del Departamento de Santander, Bucaramanga, 1951.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Fundación Universitaria Autónoma de Colombia, Bogotá, 1992.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, Adriana Fuentes *et. al.*, *Libertad de prensa y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional de Colombia (1992-2005)*, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2006.
- Uprimny Yepes, Rodrigo y César Augusto Rodríguez, *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, César Rodríguez y Mauricio Villegas García, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, Banco Popular, Cali, 1977.
- Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.
- Younes Moreno, Diego, *Derecho constitucional colombiano*, 2ª edición, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 1996.
- Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1990.

Autores

Oscar José Dueñas Ruíz. Abogado de la Universidad del Rosario, magíster en Seguridad Social y Servicios Sociales de la Universidad Alcalá de Henares y OISS (España), especialista de las universidades de Leipzig (Alemania) y Alcalá de Henares (España). Profesor de carrera académica e investigador del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario. Ex-magistrado auxiliar Corte Constitucional. Autor de varias publicaciones académicas. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Beatriz Londoño Toro. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín), Especialista en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Madrid (España) y doctora en derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesora de carrera y directora del Grupo de Investigación en Derechos de Humanos de la Universidad del Rosario, ex-asesora de la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y ex-Defensora Delegada para Derechos Colectivos de la Defensoría del Pueblo. Autora de varios libros y artículos de investigación, particularmente en las áreas de Derecho Ambiental, Acciones Constitucionales y Derechos Humanos.

Johanna del Pilar Cortés Nieto. Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Derecho de la Universidad de Columbia (Estados Unidos). Profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario.

Gloria Ortiz Delgado. Abogada de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. Ex-magistrada auxiliar de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. Profesora de hora cátedra de pregrado y postgrado de la Universidad del Rosario y de postgrados de otras universidades.

María Teresa Palacios Sanabria. Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derechos Humanos de la ESAP, magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España) y candidata a doctora de la misma universidad. Profesora de carrera e investigadora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Universidad del Rosario. Autora de varias publicaciones académicas.

Carlos Alberto Parra Dussan. Abogado de la Universidad del Rosario y doctor en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesor universitario. Autor de varias publicaciones académicas. Representó a Colombia ante las Naciones Unidas en asuntos de discapacidad.

Edgar Ospina Duque. Abogado de la Universidad del Cauca y especialista en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre. Profesor universitario. Autor de varias publicaciones académicas.

Dídima Rico Chavarro. Abogada de la Universidad Autónoma de Colombia y doctora en Derechos Fundamentales de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Profesora universitaria. Autora de varias publicaciones académicas. Miembro del Consejo Directivo de la Universidad Autónoma de Colombia.

Blanca Patricia Orjuela Ramírez. Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Católica. Funcionaria de la Corte Constitucional. Premiada como funcionaria del año de la Corte Constitucional en el año 2008.

Este libro fue compuesto en
caracteres Caxton Light de 10 puntos,
impreso sobre papel propal de 70 gramos
y encuadernado con método Hot Melt,
en el mes de noviembre de 2009,
Bogotá, D.C., Colombia



Este texto describe las conclusiones del estudio de la jurisprudencia colombiana de control constitucional sobre derechos humanos del periodo 1886-2005. Fue realizada por el Grupo de Investigación en Derechos Humanos con el apoyo de investigadores externos. El estudio evidencia las diferencias cualitativas y cuantitativas de la producción de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, y esboza las líneas jurisprudenciales más importantes de cada corporación.

Está dirigida a docentes, investigadores, estudiantes, funcionarios públicos y litigantes interesados en derecho constitucional y derechos humanos.

La investigación se divide en dos partes. La primera incluye la descripción metodológica de la investigación, un análisis del camino hacia una cultura del precedente constitucional, la contextualización de los derechos que se abordó, la evolución del control judicial constitucional, los guardianes de la Constitución y un análisis de la producción jurisprudencial constitucional; se reseñan las premisas teóricas, informaciones históricas, jurídicas e ideológicas, y la producción cuantitativa de la Corte Suprema y la Corte Constitucional. La segunda recoge la carta de los derechos cuya jurisprudencia fue objeto de análisis y se centra en la *ratio decidendi* de las sentencias más relevantes. Al final se incluyen las conclusiones, que vienen a constituir la epistemología de la jurisprudencia constitucional colombiana.

