



HIPOTESIS

REVISTA DIGITAL

**Medio de divulgación de los
programas de posgrado de la
Universidad Libre seccional
Cúcuta**

Julio 2011. Año 1. N° 1

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Presidente Nacional:

Francisco Sierra Reyes

Rector Nacional

Nicolás Zuleta Hincapié

Rector Seccional

Iván Vila Casado.

Presidente Seccional

Holger Cáceres Medina

Decana Facultad de Derecho

José Vicente Carvajal

Director del Centro de Investigaciones

Darwin Clavijo Cáceres

DIRECTOR

Darwin Clavijo Cáceres

COMITÉ DE REDACCIÓN

Iván Vila Casado.

Holger Cáceres Medina

José Vicente Carvajal

Carlos Colmenares Uribe

Juan Carlos Uribe

Luis Alejandro Corzo

Jesús Mauricio Carrillo

UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
HIPOTESIS

Revista Digital trimestral.

ISSN:

Derechos reservados.

Se autoriza la reproducción de los artículos citando la fuente y los créditos de los autores. Los conceptos y opiniones expresados en los artículos son responsabilidad de los autores y no comprometen a la Universidad Libre.

Diagramación: Centro de Investigaciones
Universidad Libre Cúcuta.

Correspondencia:

dirinvestigaciones@unilibrecucuta.edu.co
Universidad Libre seccional Cúcuta. Avenida
Canal Bogotá Intersección Benjamín Herrera.
Cúcuta Norte de Santander Colombia.

Contenido

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS A LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES Y TRANSEXUALES (L.G.B.T).....	4
Kristhell Karen García V, Guillermo Anduquia , Orlando Cañón Caro	
NATURALEZA, CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA EN COLOMBIA Y LA PROCEDE NCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SU PROTECCIÓN _	23
Ludwing Javier Amaya Gómez	
LA LEY 1437 DE 2011 ENTRAÑA EN VERDAD LA ORALIDAD	39
Hernando Ayala Peñaranda	
LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR FRENTE AL DERECHO A LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN DE LOS ASIGNATARIOS <i>MORTIS CAUSA</i> BAJO CONDICIÓN ESPECIAL.....	50
Jesús Hernando Lindarte Ortiz, Sergio Ojeda Rolón, Juan Carlos Rivera Corredor	
MODIFICACION DE LA MULTA COMO ACOMPAÑANTE DE LA PENA DE PRISION EN COLOMBIA	63
Marling Yusselly Moreno C., Yant Karlo Moreno Cárdenas	
COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA COMPENSACIÓN	75
Jesús Antonio Chaustre Buitrago	

PRESENTACIÓN

A pesar de los múltiples y repetidos esfuerzos de la comunidad académica de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, no se ha podido dar continuidad en la construcción de un modelo de investigación que permita evidenciar resultados que contribuyan al fortalecimiento de la presencia institucional de la universidad frente a los diferentes problemas que hacen parte del acontecer cotidiano de la región.

HIPOTESIS, nace con el propósito de establecer vasos comunicantes entre las diversas disciplinas científicas que constituyen el sistema de posgrados de la Universidad Libre seccional Cúcuta y de la misma forma comunicar los conceptos y criterios de la comunidad académica para proponer debates en torno a los diferentes temas comunes de la sociedad, de manera tal que se puedan analizar desde las distintas disciplinas científicas alrededor de las cuales se desarrollan los programas de posgrado en esta institución. De manera tal que la Revista digital que les presentamos persigue dos objetivos: en primer lugar se trata de una revista de investigación, más que cualquier otra cosa; segundo, es un medio de divulgación del pensamiento de la comunidad unilibrista, desde una perspectiva multidisciplinar, en torno a los problemas de nuestra sociedad.

Algunos escépticos anuncian desde ya el fracaso de este proyecto, es una probabilidad, sin embargo el Centro de investigaciones seccional asume el compromiso de mantener viva esta revista a la que consideramos un instrumento necesario y forzoso para la formación en el nivel de posgrados. Puede ser que algunos opinen que este es un proyecto humilde y sencillo para representar la educación en el nivel de posgrados; a ellos les decimos que la modesta publicación que les presentamos es el inicio, los miembros del comité de redacción tenemos la certeza de que vale la pena todo el esfuerzo y cariño con el que hemos iniciado esta empresa, la sociedad reconocerá esta publicación más pronto de lo que todos esperamos.

Gracias por leernos.

Darwin Clavijo Cáceres.

Director.

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS A LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD DE LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES Y TRANSEXUALES (L.G.B.T).

Por: **Kristhell Karen García V.**
Guillermo Anduquia
Orlando Cañón Caro

¿Se están garantizando los derechos fundamentales, conexos y patrimoniales a los miembros que hacen parte de la comunidad de LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES Y TRANSEXUALES (L.G.B.T), a través del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana?

Desde la génesis del hombre y durante toda su evolución hasta hoy, se ha venido presentando manifestaciones públicas de ciertos sectores de esta sociedad en el sentido de expresar conductas dirigidas a tener preferencias sexuales por las personas del mismo sexo.

Este comportamiento particular, ha generado reproche o repudio por las personas heterosexuales que con el paso del tiempo se ha cristalizado en una verdadera discriminación generando un desconocimiento de algunos de los derechos fundamentales y colectivos plasmados en nuestra constitución

política, que deberían ser respetados tan sólo por ostentar la condición de persona.

Frente a esta circunstancia de carácter social la Corte Constitucional Colombiana ha venido interviniendo en forma paulatina en el sistema jurídico, frente a la negativa del Congreso de la República, de querer legislar sobre el tema, al no aprobar durante la vigencia de la actual constitución nueve (9) proyectos de ley presentados para su tramite respectivo; ponencias dirigidas a reconocer los derechos civiles y patrimoniales a los miembros de esta comunidad incluso el matrimonio y la adopción, profiriendo sentencias de tutela y de inconstitucionalidad de la ley dirigidas a hace efectivos estos derechos.

Por tal motivo, el grupo de investigación trabajo en el sentido de analizar las decisiones jurisprudenciales emanadas de esta alta corporación para determinar cuáles son hasta ahora los derechos que legalmente tienen los miembros de la comunidad L.G.B.T.

Durante el desarrollo de la presente investigación, el grupo logró resolver los interrogantes que a continuación se relacionan y que hacen parte de la sistematización del problema que se planteo al inicio de este trabajo.

¿Existe en la Corte Constitucional debidamente clasificadas las sentencias de tutela y de acciones de inconstitucionalidad de la ley que se refieren al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la comunidad G.B.T?

¿Están determinadas las sentencias hito que marcaron reconocimiento y protección a los derechos fundamentales de la comunidad L.G.B.T, en el periodo comprendido 1.991- 2011, en la Corte Constitucional?

¿Existen en nuestro precedente constitucional sentencias que contengan *ratio decidendi* como precedente constitucional obligatorio en relación a los derechos fundamentales de la comunidad L.G.B.T?

¿Existe en nuestro ordenamiento positivo Colombiano disposiciones que reglamentan los derechos fundamentales a la comunidad L.G.B.T?

Es una realidad universal por ser un hecho notorio, que las personas que hacen parte de la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, han venido siendo discriminadas socialmente, al extremo de ser consideradas como personas anormales carentes de derechos civiles por su condición sexual.

Es por ello, que el presente trabajo es pertinente y oportuno, porque, nuestra sociedad no es ajena a este acontecimiento, siendo discriminada esta comunidad en todas las esferas sociales incluso dentro del marco legal. Muestra de ello, ha sido la conducta tomada por nuestra Honorable Corte Constitucional, quien a través de sus múltiples providencias de cierre, ha tomado participación directa en el reconocimiento y protección de los derechos civiles fundamentales que no tiene porque ser vulnerados.

Con el trabajo realizado por nuestro grupo se aporta no solo a la comunidad L.G.B.T, sino también a la académica y a la jurisdicción, un instrumento de análisis documental ordenado cronológicamente que sirva de consulta permanente.

Con la búsqueda y seguimiento exhaustivo del precedente constitucional colombiano en materia del reconocimiento de derechos

a la comunidad LGTB colombiana, se logra igualmente informar al lector acerca de los antecedentes de la materia; incitando a la comparación y análisis de la evolución Histórica y redefinición de conceptos en su aspecto Iuris, que permiten realizar la inferencia lógica de las futuras tendencias.

OBJETIVOS

GENERAL

Analizar la línea Jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana en relación al reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, conexos y patrimoniales de las parejas que hacen parte de la comunidad L.G.B.T.

ESPECÍFICOS

Determinar las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana en relación al reconocimiento de los derechos fundamentales, conexos y patrimoniales de las parejas que hacen parte de la comunidad L.G.B.T. (1991-2011).

Analizar el precedente jurisprudencial en relación al reconocimiento de los derechos de la comunidad L.G.B.T.

Identificar en el ordenamiento positivo patrio la existencia de norma que regule los derechos de carácter personal y patrimonial de la comunidad L.G.B.T.

TIPO DE ESTUDIO

El tipo de Estudio realizado lo fue de carácter eminentemente socio-jurídico, porque se analizó el tratamiento de los derechos fundamentales de un grupo social (comunidad L.G.B.T), desde la perspectiva jurisprudencial del precedente constitucional, una de las principales fuentes formales del derecho a partir de la reforma constitucional de 1.991.

El trabajo investigativo se realizó teniendo en cuenta el enfoque cualitativo, utilizando el método hermenéutico de análisis documental, específicamente las sentencias C y T que pertenecen a la línea jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional Colombiana relacionada con el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, económicos de la comunidad LESBIANAS, GAYS, BISEXUALES Y TRANSEXUALES (L.G.B.T) 1.991-2011.

El desarrollo de la investigación se efectuó utilizando varios instrumentos y por etapas:

1. Se consultó la página WEB de la Corte Constitucional y, en la relatoría se identificaron las sentencias de tutela (T) y de inconstitucionalidad de la ley (C), referente a los derechos

fundamentales de la comunidad L.G.B.T.

2. Se determinaron las sentencias que marcaron reconocimiento y protección a los derechos fundamentales de la comunidad L.G.B.T, en el periodo comprendido 1.991- 2011.
3. Se efectuó, el análisis de la *ratio decidendi* de las sentencias hito de la Corte Constitucional en dicho periodo.
4. Se clasificaron los derechos fundamentales que hasta ahora ha reconocido la Corte Constitucional a la comunidad L.G.B.T.
5. Se identifico dentro del ordenamiento positivo Colombiano las disposiciones que reglamentan los derechos fundamentales a la comunidad L.G.B.T.

Precedente constitucional colombiano en materia de reconocimiento de derechos fundamentales y conexos de la comunidad l.g.b.t.

En 1980 entra en vigencia en la República de Colombia el decreto 100, como primer antecedente en la historia Iuris de nuestro país, alusivo a la temática homosexual,

Esta norma elimina el carácter de delito que se le daba a los actos homosexuales.

a-) En diciembre de 1993, la Corte Constitucional, Sentencia T-594 de 1993, autorizó a un hombre a cambiar su nombre masculino por otro femenino que correspondía a su identidad personal. Se amparó su derecho al libre desarrollo de su personalidad. *"Es viable jurídicamente que un varón se identifique con un nombre usualmente femenino, o viceversa: que una mujer se identifique con un nombre usualmente masculino., o que cualquiera de los dos se identifique con nombres neutros o con nombres de cosas. Todo lo anterior, con el propósito de que la persona fije, en aras del derecho al libre desarrollo de la personalidad, su identidad, de conformidad con su modo de ser, de su pensamiento y de su convicción ante la vida"*.

b-) En julio de 1993, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes, la Corte tuteló los derechos al debido proceso y al buen nombre de un alumno de la Escuela de Carabineros de la Policía expulsado por supuestas conductas homosexuales. En su fallo la Corte dijo que tal condición no es un impedimento para servir a la Patria y que *"la sanción de una persona por razones provenientes de su homosexualidad no puede estar basada en juicio de tipo moral, y mucho menos puede*

ser motivo de exclusión de una institución". La decisión se basó en la protección a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

c-) En marzo de 1996, en la sentencia proferida por el Magistrado Eduardo Cifuentes, se protegió el Derecho a la Libre Opción Sexual, arguyendo que *"la Ley no impide, en modo alguno, que se constituyan parejas homosexuales y no obliga a las personas a abjurar de su condición u orientación sexual y sustrae al proceso democrático la posibilidad y la legitimidad de imponer o plasmar a través de la ley la opción sexual mayoritaria. La sexualidad, aparte de comprometer la esfera más íntima y personal de los individuos, pertenece al campo de su libertad fundamental, y en ellos el Estado y la colectividad no pueden intervenir, pues no está en juego un interés público que lo amerite y sea pertinente, ni tampoco genera daño social"*

d-) En marzo de 1998, la Corte tuteló el derecho a la educación de dos jóvenes de Ginebra (Valle) que habían sido excluidos por su condición homosexual y ordenó garantizarles el cupo para el próximo período escolar.

e-) El 6 de mayo de 1998 se realizó en una notaria de Bogotá el primer "matrimonio homosexual" celebrado en el país, que fue

registrado mediante Escritura Pública. Más correctamente este "matrimonio" es la oficialización de un convenio económico en el que consta explícitamente que la sociedad la constituyen dos personas homosexuales.

f-) En julio de 1999, Sentencia C 507/99, la Corte Constitucional dijo sí a los homosexuales en las fuerzas militares, advirtiendo que pueden revelar su condición sexual pero que están sometidos a las mismas normas de conducta que los heterosexuales. La Corte reconoce que códigos de honor militares pueden ser más estrictos. Declarando que no se ajusta a la Constitución una norma que prohibía a los miembros de las fuerzas militares tener relaciones con personas "homosexuales" o realizar "actos homosexuales". La Corte consideró que estos son comportamientos protegidos por la autonomía personal y no pueden ser sancionados.

g-) En septiembre de 1999, se instaura la acción de tutela en contra de la Alcaldía de la ciudad de Neiva por considerar violados por parte de esa localidad, los derechos constitucionales de la comunidad "gay", a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. La comunidad "gay" de Neiva pidió un permiso a la Alcaldía de esa localidad,

para realizar un desfile por las principales calles de la ciudad de Neiva, con las candidatas al Reinado Nacional "gay" en su versión de 1999, teniendo en cuenta que durante las fiestas de San Pedro se autorizaron y realizaron varios desfiles tanto de niños, como de ancianos, reinados de barrio y aquellos relacionados con el Festival y Reinado Nacional del Bambuco. En su caso, como su reinado tuvo lugar después de las fiestas de San Pedro, solicitaron la posibilidad de realizar el desfile público, el día 1° de septiembre de 1999, (en la tutela señalan 1° de octubre); posibilidad que les fue negada por la Alcaldía de Neiva mediante resolución motivada del 10 de agosto de 1999. La Corte al respecto declara que la diversidad sexual y su expresión pública están amparadas por la Constitución. El fallo se emitió en marzo de 2000.

h-) En mayo de 2002, se interpone acción de tutela contra el parágrafo 2° del artículo 4° de la Ley 588 de 2000. La norma demandada establece un trato desigual no justificado que limita a unos ciudadanos la posibilidad de acceder al desempeño de funciones públicas en propiedad. La Corte, Sentencia T-268/00, retira del ordenamiento una norma que establecía el "homosexualismo" como inhabilidad para ejercer el cargo de

notario. La Corte consideró que esta norma violaba la autonomía personal y la igualdad, y además es irrelevante desde el punto de vista disciplinario.

i-) En el mismo mes y año, una madre de familia, actuando en nombre de su menor hija, interpone acción de tutela contra la directora de un colegio, del municipio de Bosa, pues considera que la accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de su hija a la igualdad, la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación, al haberle dado un trato discriminatorio y haberle cancelado la matrícula, mediante decisión del 28 de agosto de 2001 proferida por el Consejo Directivo de dicha institución. A la estudiante se le canceló la matrícula, porque se "dudaba de su identidad sexual", al respecto la Corte, Sentencia T 435/02, declaró que los colegios no pueden establecer normas en los manuales de convivencia que sancionen la "homosexualidad" o el "lesbianismo".

j-) En septiembre de 2003 el líder homosexual Edgar Eduardo Robles Fonnegra interpuso acción de tutela en contra de la Asociación de Scouts de Colombia, que lo expulsó de su organización, en razón de su orientación sexual. La Corte, Sentencia T-808/03,

ordenó su reintegro a la asociación por cuanto las instituciones privadas tienen el deber de no discriminar a las personas por ningún motivo.

k-) En el último de los 10 procesos que se estudia en la presente sentencia, un accionante acusa a la Cárcel del Distrito de Manizales, para varones, de violar sus derechos a la dignidad humana, a la intimidad y a la igualdad, también con ocasión a las requisas a las cuales ha sido sometido por la guardia. Al presente proceso también fue vinculado el Instituto Penitenciario y Carcelario, INPEC. La Corte llamó la atención a los directores de los centros carcelarios para que protegieran y respetaran la libertad sexual de los miembros de la comunidad carcelaria. La Corte no considera razonable limitar el derecho de toda persona a realizar la visita íntima en un 'ambiente con las condiciones de salubridad necesarias', proporcionado por el propio establecimiento penitenciario, o limitar el derecho a 'los elementos de aseo necesarios para la visita íntima', cuyo ingreso debe permitirse, o en su defecto, su suministro garantizarse.

l-) En fallo de 2007, la Corte estableció que la orientación sexual es un criterio prohibido de discriminación en materia laboral (Sentencia T-152/07). En febrero

de este mismo año, la Corte Constitucional, Sentencia C-075/07, declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, en el entendido que el régimen de protección en ellas contenido se aplica también a las parejas homosexuales, reconociendo así, los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, en iguales términos y condiciones de las parejas heterosexuales. El fallo fue promovido por la demanda interpuesta por la ONG Colombia Diversa en contra de la Ley 54 de 1990 que reglamenta la unión marital de hecho, en la que se señalaba que la unión libre es la integrada por "un hombre y una mujer"; el ponente del fallo, el magistrado Rodrigo Escobar Gil, logró ocho votos a favor y tan solo uno en contra.

En octubre de 2007, le correspondió a la Corte establecer si se vulneraban los derechos fundamentales a la igualdad (Art. 13 C. P.) y a la dignidad humana (Art. 1º C. P.), entre otros, al establecerse en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 que la protección a la seguridad social en el régimen contributivo tiene alcance familiar y, por tanto, no cubre a los miembros de las parejas del mismo sexo. La Corte Constitucional, Sentencia C-811/07, declaró exequible el artículo 163 de la Ley

100 de 1993, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas del mismo sexo, reconociendo el derecho de afiliación en salud de las parejas del mismo sexo, en los mismos términos y condiciones de las parejas heterosexuales “1.

Precedente constitucional colombiano en materia de derechos personales y patrimoniales de la comunidad l.g.b.t.

Se destacan nivel nacional e internacional, siete fallos que en nuestro país y en Suramérica marcaron hito en la historia como el inicio del reconocimiento e inclusión de estas comunidades en los campos del derecho civil bienes y civil familia, así como en materia laboral y colectiva; causando escozor en la iglesia y las mayorías conservatistas del país el reconocimiento de derechos patrimoniales sociales y civiles; las causas que generaron controversia histórica en los últimos diez años por su *Ratio Decidendi* fueron:

En el año 2003

1. CORTE CONSTITUCIONAL.
Sentencia de tutela T499/03 *Concede*

el derecho a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad e intimidad de internas. Reglamentación visitas íntimas lésbicas en centros de reclusión. Fecha 12 de junio de 2003.
2”

En el año 2007

2. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-075/07. *Reconoce los efectos patrimoniales en parejas del mismo sexo.* Fecha 7 Febrero 2007“4”
3. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-856/07. *Reconoce el derecho conexo a la Seguridad social a las parejas del mismo sexo.* Fecha 12 Octubre 2007“2”

En el año 2008

4. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-798/08. *Acción penal por inasistencia alimentaria entre miembros de pareja homosexual* Bogotá, D.C. 20 de agosto de 2008.
“2”

En el año 2009

¹ <http://www.monografias.com/trabajos58/derechos-homosexuales-colombia/derechos-homosexuales-colombia.shtml> y Monografias.com

5. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T 062/09. *Exclusión del derecho a la pensión de sobrevivientes a parejas del mismo sexo resulta discriminatoria.* 7 de diciembre de 2009. “2”

En el año 2011

6. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-062/11, *Reconoce el derecho a la identidad sexual* de la reclusa frente a su compañera del mismo sexo Fecha 14 Febrero 2011. “2”
7. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-283/11 *Reconoce el derecho a la Porción conyugal a la pareja del mismo sexo.* Fecha 13 Abril de 2.011. ³

Análisis jurisprudencial de la de la corte constitucional colombiana en relación al reconocimiento de los derechos fundamentales, conexos y patrimoniales de las parejas que hacen parte de la comunidad l.g.b.t.

Indudablemente la historia jurídica de nuestro país se fragmento en dos grandes apartes. Antes y después de la reforma constitucional **de 1991**; dicho evento incluyó abiertamente el interés de las

³

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0979_2005.html

comunidades minoritarias del país, entre estas las agrupaciones de LGTB, quienes con especial interés en los principios constitucionales y derechos fundamentales proclamados en la carta política, y amparados por las garantías del estado social de derecho colombiano; el principio constitucional del pluralismo, el derecho a la igualdad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; paulatinamente y a partir del año 1996; la Honorable Corte Constitucional da un giro a la orientación de su jurisprudencia materializando en ella, resoluciones garantistas que progresivamente han reiterado; en lo sucesivo de las demandas de inconstitucionalidad en materia de reconocimiento de derechos fundamentales a agrupaciones LGTB; la lucha de nuestro estado social de derecho contra la discriminación y el espíritu incluyente y proteccionista de la norma constitucional colombiana; prueba de ello es el reconocimiento que tiene nuestro país, junto con Argentina y Chile, a nivel de Suramérica, como defensor de los derechos fundamentales en la lucha contra la discriminación de comunidades LGTB.

En materia de reconocimiento de derechos LGTB, la posición actual adoptada por nuestro país, tiene una connotación

progresista, en la medida en que se observa del precedente constitucional, diversidad de casos en los cuales se le ha dado reconocimiento a los derechos fundamentales de estas personas como se observó en el anterior acápite que para facilitar al lector la asimilación de la evolución garantista de nuestro precedente en al materia de estudio; serán reseñado a continuación el recuento de los momentos mas destacados por las sentencias hito de la Honorable Corte Constitucional:

“(...) En [2001](#) La Sala civil de la [Corte Suprema de Justicia](#), reconoce por primera vez el derecho de visita íntima de una pareja del mismo sexo en una cárcel. Más tarde en el [2003](#) la [Corte Constitucional](#) reconoce este mismo derecho haciéndolo extensivo a todas las parejas del mismo sexo.

El 4 de octubre del 2007 la Corte Constitucional estableció que las parejas del mismo sexo que en Colombia lleven un mínimo dos años de convivencia de hecho, podrán afiliarse conjuntamente al sistema de [seguridad social](#) en salud.⁴ Con el fallo, ahora estas

parejas podrán afiliarse a su compañero o compañera al sistema público de salud, con sólo presentar una declaración notarial de unión marital de hecho de mínimo dos años.

la Corte Constitucional declaró que las parejas del mismo sexo deberían tener los mismos derechos de reconocimiento que las parejas del sexo opuesto tradicionales parecido a los registros domésticos o uniones civiles. El litigio sigue y las organizaciones de derechos civiles gays buscan nada menos que igualdad en el matrimonio.

El 28 de enero de 2009 la Corte Constitucional de Colombia por ponencia del magistrado Rodrigo Escobar Gil, decidió la modificación de 42 normas incluidas en aproximadamente 20 leyes, con el fin de lograr una equidad entre parejas heterosexuales y homosexuales, excepto en el asunto de la adopción, sobre lo que la Corte no se pronunció. Sin embargo, el acto de adopción en Colombia puede hacerlo un solo individuo, independientemente de su condición sexual. La sentencia del

4

*2009 deja a las uniones de parejas del mismo sexo a un nivel muy parecido al matrimonio. Convirtiendo a Colombia en un país pionero en América latina al proporcionar tal grado de equidad, pues en otros países el alcance es regional, o se limita al ámbito económico. (...);*⁵”

Aunque no se halla incluso dentro del marco referencial, cabe mencionar como antecedente de suma importancia que permite dilucidar la hipótesis probable en un futuro de corto plazo, al aprobación del matrimonio entre miembros de la comunidad LGTB, el debate jurídico que tuvo lugar El 11 de noviembre del pasado año 2010, cuando la sala plena de la Corte Constitucional en estudio de la acción de constitucionalidad interpuesta contra el artículo 113 del Código Civil; analizó la ponencia de la Magistrada María Victoria Calle, ponencia que despertó controversia de impresionante magnitud desde varios sectores, donde intervinieron ciudadanos universidades del país la ONU y otras organizaciones, después de los cual, y aunque la ponencia fue acogida a favor

por la mínima diferencia de (5-4) votos; la corte se inhibió a tomar una decisión de fondo; por cuanto consideró flaqueza en los argumentos de la demanda pues carecían de fundamento jurídico para sopesar la violación de derechos fundamentales; resultando en el tintero la decisión acerca de la aprobación del matrimonio entre miembros de comunidades LGTB; decisión que aun hoy día mantiene en vilo a diversos sectores de la sociedad colombiana dado que los demandantes manifestaron al país su firme decisión de corregir los defectos de su demanda y reforzar la argumentación jurídica hasta que el matrimonio entre homosexuales sea aprobado.

Con vista al marco referencial ya citado y conocido, sin carácter concluyente se puede deducir que el honorable colegiado de Magistrados ha sido observador de las políticas internaciones en materia de derechos humanos, concretamente debido a que sobresale de las distintas motivaciones el común denominador de la salvaguarda y plusvalía del derecho a la igualdad y la lucha contra la discriminación.

Normatividad nacional en materia de derechos personales y patrimoniales de la comunidad l.g.b.t.

5

http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_d_el_mismo_sexo_en_Espa%C3%B1a

CONSTITUCIÓN POLÍTICA: ARTÍCULO 42.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneración responsable.

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.

Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.

Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.

También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

CODIGO CIVIL COLOMBIANO ARTÍCULO 113. DEFINICION. El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente.

LEY 979 DE 2005 (julio 26) Diario Oficial No. 45.982 de 27 de julio de 2005. Por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 54 de 1990 y se establecen unos mecanismos ágiles para demostrar la

unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales entre compañeros permanentes.

NORMA REFERENTE: ARTÍCULO 2o.

El artículo 4o. de la Ley 54 de 1990, quedará así: Artículo 4o. La existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, se declarará por cualquiera de los siguientes mecanismos:

1. Por escritura pública ante Notario por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes.
2. Por Acta de Conciliación suscrita por los compañeros permanentes, en centro legalmente constituido.
3. Por sentencia judicial, mediante los medios ordinarios de prueba consagrados en el Código de Procedimiento Civil, con conocimiento de los Jueces de Familia de Primera Instancia “6”.

CONCLUSIONES

Pese a que gran parte de la historia cuenta y da fe de la existencia de diversidad de orientaciones sexuales, entre los

gobernantes y altos mandos de los más grandes e históricos imperios, entre los que se hallan incluidos aquellos que fueron cuna de la sociedad occidental, lo cierto es que ello ha sido manejado como un reservado secreto que aun hasta nuestros días sigue siendo diversamente mitificado; donde una de las tesis más factibles permite inferir que desde su origen, la discriminación ha estado ligada a las formas de gobierno en virtud de la cual a través del señalamiento o rechazo hacia aquellas conductas categorizadas como “anormales” o “desviadas”, el gobernante de turno legítimamente preocupado por la factible pérdida del pudor del pueblo hacia aquellas conductas desenfrenadamente pasionales que pudieran amenazar el orden instituido; estas grandes hegemonías utilizaban como diplomática estrategia el diezmar los más sutiles instintos de sublevación de los ciudadanos o súbitos, a través de “pequeñas ” o mínimas garantías que les eran reconocidas a la gente “normal” o buenos ciudadanos, observadores de las leyes, quienes gozaban de aceptación social, en la medida en que se rechazara dentro del margen de “maldad”; aparte de las conductas criminosas cualquier otra conducta “irreverente, descarada o antinatural”.

6

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0979_2005.html.

Así las cosas se observa, que si bien es cierto el “discurso de lo correcto” ha trascendido a través de la historia comandando el sentir de los pueblos; este varía, fluctúa o cambia según los mitos, tabúes, creencias y políticas de gobierno de turno que influyen la cultura y el sentido común del ser humano promedio. Al tomar como referencia el aspecto socio jurídico la constante vigente a través del tiempo ha sido la marginación de estas comunidades lo que ha generado obstáculos en el ejercicio de derechos fundamentales, donde pese a su condición como seres humanos, la inherencia de estas garantías es opacada por la plusvalía de su condición sexual; en virtud de discursos proclamados por diversas cofradías sociales, cuyos reproches en la mayoría de los casos fueron surgiendo de estructuras dogmáticas del poder, donde la instauración y el reconocimiento de un modelo de vida “socialmente correcto” para los hombres fue heredado de los países colonizadores cuyos delegatarios y representantes de gobierno, incluso de forma menos sutil que en la actualidad de nuestros días; se encargaban más allá de desconocer o discriminar, en perseguir y castigar como representantes de la mano terrenal de dios y símbolo de lo correcto y lo justo, a aquellas personas que adoptaran un modus vivendi distinto o

impropio; y que por sus orientaciones sexuales eran calificados como desviados, perversos o anormales que merecían el más condigno de los castigos, por presentarse como peligrosos o dañinos para la sociedad y desacreditadores del poder o gobierno regente.

En la actualidad es innegable la influencia espiritual religiosa y moral como insignia de los estamentos conservatistas de todo el mundo; que aunque apoyados en argumentos sólidos y plausibles que se remontan a la vigencia y permanencia en el tiempo de los más antiguos conceptos constitutivos del mundo civilizado caen en contradicción con el libro insignia de la religión más profesada y difundida alrededor del mundo, donde se observa que si bien es cierto la sagrada escritura de la fe cristiana proclama el perdón de dios como omnipotente; pregonando que los creyentes en Jesucristo, gozan de la promesa de salvación y vida eterna a través del perdón de dios, esta recompensa tan anhelada solo está sujeta a una condición, la fe cristiana; solo a través de la cual se puede obtener el perdón divino indistintamente del incorrecto comportamiento terrenal humano o “pecado”; (Corintios 6:9-10)⁷; de modo tal que si la más grande

⁷ <http://www.vidahumana.org/vidafam/homosex/hiblia.html>

comunidad de fe *proclama el perdón indistintamente de la condición de sus creyentes pecadores*, entonces se podría decir que *existe en el derecho divino una igualdad de condiciones para todos los cristianos indistintamente de su condición como ladrones, asesinos, adúlteros, idolatras u homosexuales, específicamente;*(1 Corintios 6:11;2^a Corintios 5:7)⁸; es en este punto donde se detecta una paradigmática contradicción cuyo origen brota desde la relación entre religión e iglesia, donde la fe cristiana proclama y ejemplariza a través de la sagrada palabra *el trato igual para todos los seres humanos*; pero la iglesia y sus estamentos católicos han aleccionado en sus feligreses y en la sociedad, aquel sentimiento de repudio hacia ciertas conductas sexuales, calificadas como “desviaciones”, que amenazan las más sagradas instituciones de los pueblos como lo son la familia, los niños y las buenas costumbres; conceptos e instituciones básicas tan arraigadas en el sentimiento del hombre, que despierta con fiereza el más poderoso espíritu proteccionista; con argumentos de peso tanto en el aspecto religioso y cultural como en el psicosocial; donde en los

mejores casos; gobernantes sutilmente adecuan o congelan el ordenamiento jurídico que rige la sociedad; como medida garantista conservadora y protectora de las buenas costumbres la familia y los menores ante el clamor de una población mayoritaria por el temor al posible riesgo o vulnerabilidad a la que se expondría la familia sus hijos y las futuras generaciones, *situación que supera el temor reverencial por las enseñanzas de la palabra de dios, y que constituye una posición estimable en la medida en que se tiene en cuenta que actualmente el mundo ha evolucionado en cultura y tecnología lo que ha permitido al hombre y las instituciones respaldar sus tesis con el análisis de factores científico investigativos, estadísticos, y psicológicos*⁵; razón por la cual estos antecedentes históricos ofrecen tanto para gobernantes como para instituciones colegiadas y juristas, un panorama inexplorado en la mayor parte del mundo, donde el solo estudio de las normas o leyes de este talante implica un arriesgado reto que supera enormemente el aspecto personal o profesional; en la medida en que trasciende a despertar férreos sentimientos de protección hacia arraigados principios y derechos de los pueblos.⁹

⁸ <http://www.gotquestions.org/espanol/pecado-homosexualidad-Biblia.html>.

⁹ periódico Luminar Bautista, Venezuela, 1994.

En el ámbito internacional; es así como en varios países el temor a la desestabilización de estos conceptos genera un trato desigual a las personas o agrupaciones LGTB marginándoles de reformas de tópicos garantistas; prueba de ello se dio en el debate que originó la resolución histórica sobre derechos homosexuales en la ONU⁷ el pasado mes de junio del corriente año 2011; aprobada por un lánguido margen de 23 votos a favor y 19 en contra, que consideraban la temática como carente de fundamento legal por no estar relacionada con la legislación internacional de los derechos humanos, donde además los representantes de estos 19 países lanzaron acusaciones tradicionalistas y políticas contra sus disidentes; al punto tal que el encuentro se calificó mundialmente como “un debate muy pasional” Donde finalmente el organismo internacional logró sacar adelante la prerrogativa insignia de esta resolución con la cual pretende ejemplarizar al mundo afirmando: **“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en lo que concierne a su dignidad y sus derechos y cada uno se puede beneficiar del conjunto de derechos y**

libertades sin distinción alguna” ¹⁰ (Sic); de esta manera la institución internacional proclama a los gobiernos del mundo que la temática de las agrupaciones LGTB debe ser abordada desde la perspectiva del reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, por lo tanto no se trata de imponer nuevos modelos, sino simplemente erradicar cualquier tipo de discriminación entre las personas por un mundo más igualitario y justo.

La historia de un país nuevo como Colombia, permite afirmar que en un corto término nuestro ordenamiento jurídico ha avanzado a pasos agigantados en materia de protección y reconocimiento de derechos fundamentales a estas agrupaciones LGTB, si se tiene en cuenta que el primer referente histórico de ello se remonta a 1977, es decir apenas 20 años atrás, cuando la homosexualidad en nuestro país, era legalmente considerada una enfermedad, y aquellas prácticas o actividades calificadas como homosexuales se hallaban penalizadas según el código penal de 1936¹¹ lo cual nos permite afirmar que la política de Colombia como estado social de derecho,

¹⁰ <http://www.elspectador.com/noticias/elmundo/articulo-278241>

en uso del principio de igualdad, y los demás orientadores del derecho consagrados en la carta política, ha permitido combatir la discriminación de manera efectiva, aun pese a que no existe hoy día alguna ley que la prohíba, se han logrado significativos avances la mayoría de estos desde la reforma constitucional de 1991, donde gracias al mecanismo de la acción de tutela, se ha dotado de un blindaje a los derechos fundamentales, y principios constitucionales, donde se ha constituido como de obligatoria impetración para temáticas de agrupaciones LGTB, el principio de igualdad consagrado en el art. 13 de la constitución, para combatir la desigualdad, la discriminación y el hostigamiento o señalamiento social hacia personas de esta condición sexual.

El derecho colombiano, se aparta de la tradicional y universal discusión sobre el origen de la definición de la identidad sexual, en la medida en que ha considerado a través de la jurisprudencia que indistintamente de si esta surge como una predeterminación genética o como resultado de una libre elección de la persona, nuestra constitución para evitar reincidencias en esta discusión otorgo a los miembros de la comunidad LGTB

colombiana de doble protección¹¹⁹”; por un lado existe el art. 13, alusivo al principio de igualdad que prohíbe la discriminación sexual, para aquellos casos en que se considere que la orientación sexual ha surgido por predisposición genética; evitando así la segregación por razón de sexo; y por el otro lado se cuenta con el art. 16, alusivo al libre desarrollo de la personalidad que ampara a aquellas personas que se encuentran bajo el enfoque de haber asumido voluntariamente su identidad sexual; de manera tal que sin distinción del enfoque dado al problema jurídico, el resultado constitucional siempre tendrá un carácter garantista.

Dos derechos fundamentales promulgados en nuestra constitución también se han convertido en la insignia de los miembros de agrupación LGTB, el derecho a la intimidad, art. 15 y el derecho a la honra, art. 21; este último relativo al concepto que la sociedad tiene de una persona, pero este juicio debe ser ajustado a derecho, donde las personas solo deben ser valoradas por su conducta; y siempre

11

http://es.wikipedia.org/wiki/Matrimonio_entre_personas_del_mismosexo_en_Espa%C3%B1a

que esta no sea contraria a la ley; la sociedad les debe respetar.

Ahora bien, en el ámbito internacional, cabe destacar el referente Español en la medida del adelanto que presenta esta legislación en la materia comparada con la de nuestro país, con el objeto de ejemplarizar y prever las situaciones legales surgidas a consecuencia de la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo en ese país y que data y que se encuentra vigente desde el año 2004¹²; ello no con el ánimo de adoptar posición alguna dentro del enfrentamiento que implica este fervoroso tema; sino para obtener una vista preliminar de las avenencias que pueden surgir como producto de los futuros pronunciamientos de la corte y analizar la conveniencia y grado de preparación en el que nuestro país se encuentra para en un momento dado afrontar similares condiciones, teniendo en cuenta factores como la respuesta social a estas disposiciones normativas, con el antecedente sucedido de las movilizaciones que congregaron a miles de personas que protestaron en contra, analizar la propuesta de la mayoría de partidarios que sugiere una

verdadera igualdad de condiciones únicamente catalogando a todas las pareja bajo una misma figura jurídica, y observando el manejo dado a los problemas legales derivados de la unión matrimonial entre personas de países que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Del estudio realizado se puede inferir que el precedente jurisprudencial colombiano ha desarrollado, desde la reforma constitucional de 1991 hasta nuestros días, una connotación eminentemente proteccionista de los derechos fundamentales, personales, patrimoniales y conexos de la comunidad LGTB; iniciando su primer pronunciamiento garantista en jurisprudencia del año 1993; a partir del cual surge un cambio de tercio con cualidades garantistas que promulgan una forma de Estado Social de Derecho observador de los derechos fundamentales y orientado por el principio de igualdad, que combate la discriminación social y el marginamiento jurídico de las minorías, entre ellas las comunidad LGTB, inspirándose para ello en los modelos implantados por países del primer mundo que actualmente son vanguardistas en materia de protección a los derechos humanos.

¹² <http://www.noticias.universia.net.mx>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<http://www.monografias.com/trabajos58/derechos-homosexuales-colombia/derechos-homosexuales-colombia.shtml>.y Monografias.com

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2005/ley_0979_2005.html.

<http://discovery.unilibrebaq.edu.co:8083/html/providencias/T-097-94.htm>

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007>

<http://www.vidahumana.org/vidafam/homosex/biblia.html>.

Periódico Luminar Bautista, Venezuela, 1994.

http://www.elespectador.com/noticias/el_mundo/articulo-278241

<http://www.noticias.universia.net.mx>

<http://www.gotquestions.org/>.
<http://www.vidahumana.org/vidafam/homosex/biblia.html>.

<http://minoriassexuales.com/leyparejas/Articulos/fallos.htm>.

Corte Constitucional colombiana. Sentencias: T. 097/94; T-097/94; C-098/96; C-481/98; C-309/97; T-101/98; C-507/99; T-268/00.



NATURALEZA, CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA EN COLOMBIA Y LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SU PROTECCIÓN

POR: LUDWING JAVIER AMAYA GÓMEZ

Resumen

Este artículo es producto de la investigación efectuada por el estudiante Ludwing Javier Amaya Gómez, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Seccional Cúcuta, con ocasión de abrir el debate frente al problema jurídico que se ha suscitado en Colombia respecto del tema del contenido y alcance del derecho a la vivienda digna en Colombia y la procedencia de la acción de tutela para su protección. La investigación corresponde al seminario de investigación de la especialización Derecho Constitucional Calendario 2010 – 2011, que fue iniciada el 10 de junio y finalizada el 11 de julio de 2011.

Bajo este contexto, se ha querido presentar una investigación que se ha delimitado con el siguiente interrogante: ¿Cual es la naturaleza, contenido y el alcance del derecho a la vivienda digna en Colombia y cuando es procedente ordenar mediante la acción de tutela la protección del citado derecho?

Para encontrar la solución a la anterior formulación jurídica que durante el curso del presente trabajo de investigación se irá dilucidando, se efectuará con base en la fuente documental conformada la

Constitución Política de Colombia, algunos instrumentos internacionales y sentencias de

demandas de constitucionalidad y de revisión de acciones de tutela, emanadas de la Corte Constitucional sobre el derecho a la vivienda digna y su protección constitucional, que se citan debidamente durante el desarrollo del artículo, y conforme a la metodología señalada a continuación.

Palabras clave

Derecho constitucional; vivienda digna; derechos sociales, económicos y culturales; acción de tutela; legislación de vivienda.

INTRODUCCION

Hace 20 años, nuestro país estrenó la Constitución Política de 1991, documento político que incorpora dentro su parte dogmática, de los derechos sociales, económicos y culturales, el derecho a la vivienda digna; la realidad actual que vive Colombia, nos muestra las precarias condiciones en que viven la mayoría de los habitantes, pues existen problemas serios de calidad de vivienda, hacinamiento y deficiencia en el acceso a los servicios públicos domiciliarios; por tal razón, encuentro apropiado no sólo mencionar el desarrollo legal que se le ha dado a dicho precepto, sino

también, realizar un estudio sobre su contenido y alcance, y abrir la discusión respecto a los criterios jurisprudenciales que se han desarrollado en torno a la efectividad de este derecho, en particular, lo referido a la posibilidad de que el juez constitucional pueda dentro del escenario de acción de tutela, revisar y ordenar una posible situación fáctica de vulneración de este derecho, teniendo en cuenta el carácter que la Constitución Política le ha otorgado, que nos permita delimitar su ejercicio eficaz y a su vez, garantice una seguridad jurídica dentro del Sistema Judicial Colombiano.

Para el desarrollo de la investigación se han examinado, en primera medida, las disposiciones que consagran el derecho constitucional a la vivienda digna y su marco legal.

Bajo ese orden, seguidamente se desarrolla una metodología de orden descriptivo, pues su marco de referencia principal será el discursar jurisprudencial de la Corte Constitucional, sobre todo, porque a partir del ejercicio de su función constitucional de guarda de la supremacía de la norma de normas, es que se ha edificado una línea jurisprudencial que ha permitido prohiar la “tesis del factor de conexidad”, para considerar como fundamental el derecho a la vivienda digna.

Para el desarrollo de la investigación se han examinado, en primera medida, las disposiciones que consagran el derecho constitucional a la vivienda digna, su marco

legal y la implementación de la herramienta del subsidio de vivienda.

Posteriormente, se analizaron sentencias relevantes producidas por la Corte Constitucional desde la expedición de la Constitución Política de 1991, hasta el presente, a las cuales se les realizó el correspondiente análisis jurisprudencial para extraer la tesis que constituye el precedente de la alta Corporación, en cuanto a la naturaleza, contenido y alcance que tiene en la actualidad el derecho a la vivienda digna en Colombia, así como la procedencia de la acción de tutela para la protección del citado derecho.

Los análisis jurisprudenciales de cada una de las providencias seleccionadas serán depositados en un banco de datos que funcionara como base documental y analítica para la realización de posteriores trabajos de investigación.

Ahora bien, consciente de la importancia del tema dentro del sistema jurídico colombiano, en especial, porque como en reiteradas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el principio *iura novit curia* es perfectamente aplicable en las acciones constitucionales, entonces, a los jueces constitucionales, les corresponde identificar los derechos vulnerados de acuerdo con los hechos y pretensiones formulados por los accionantes, y luego verificar las causales de procedencia de las acciones de tutela radicadas ante sus despachos, para efectos de

concederla y ordenar la conducta a cumplir con el fin de hacer efectivo el amparo y garantizar a los afectados sus derechos fundamentales; se encuentra entonces plenamente justificado el trabajo propuesto, sobre todo, si se considera que en esta investigación se ha previsto como objetivo general plantear, no sólo un examen descriptivo, para presentar a la comunidad académica la posición jurisprudencial hasta el momento consolidada; sino también, unas conclusiones sobre la efectividad del derecho a la vivienda digna, a efectos de que los tribunales, jueces y abogados litigantes puedan tener unas directrices generales respecto a la naturaleza, alcance y exigibilidad en sede de acción de tutela y protección al citado derecho constitucional.

RESULTADOS

En la investigación se han establecido cual es el marco constitucional y legal del derecho a la vivienda digna en Colombia, la naturaleza, el alcance y contenido que tiene este derecho, la evolución de su concepción a partir de un derecho de carácter prestacional hacia un derecho fundamental y cuando es procedente su protección dentro del escenario del mecanismo constitucional de la acción de tutela.

Desde el punto de vista de la interpretación jurídica, se destaca la utilización del método de interpretación descriptivo de la Constitución Política, del denominado bloque de constitucionalidad, del desarrollo del

derecho por parte del legislador y el peso gravitatorio de los precedentes de la Corte Constitucional, ya sea a través del ejercicio del control de constitucionalidad y/o de la revisión de acciones de tutela. A partir de aquellos parámetros, la Corte Constitucional ha establecido los alcances del derecho a la vivienda digna y si bien es cierto ha reconocido que conforme a la Constitución, *prima facie*, se trata de un derecho económico y social de carácter eminentemente asistencial, por ende de naturaleza prestacional y progresiva, cuyo contenido debe ser desarrollado ampliamente por parte del Legislador según políticas públicas democráticamente adoptadas, encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización, también ha sido explícita aceptando que en algunos eventos ciertas facetas de la vivienda digna alcanzan la categoría de derechos fundamentales subjetivos. Éstos, valga decir, se han desplegado en diferentes escenarios, entre el reconocimiento de los elementos inherentes a la naturaleza prestacional del mismo y su excepcional.

DISCUSIÓN O REFLEXIÓN CRÍTICA

Superada la fase de indagación del fenómeno objeto de investigación, y a efectos de desarrollar un esquema teórico que permita al lector realizar un estudio sistemático respecto al planteamiento de los argumentos presentados en este trabajo, es preciso desarrollar su exposición, a cuyo efecto se

estructura el esquema del estudio condensado en tres (3) capítulos a continuación:

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

El **artículo 51** de la Constitución Política consagra el derecho a la vivienda digna, de la siguiente manera:

“Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.”

De conformidad con la disposición citada, el acceso a una vivienda digna se entiende como un derecho de todas las personas traducido en la posibilidad de contar con un hogar digno para el asentamiento de la familia, asignándole al Estado la obligación de fijar las condiciones necesarias para hacerlo efectivo a través de la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas para la ejecución de dichos programas; lo anterior, con el fin de otorgar un tipo de solución de vivienda adecuada para las necesidades de cada hogar.

En desarrollo de la obligación dada al Estado por parte del artículo 51 de la Constitución Política, el legislador ha expedido las leyes que a continuación se sintetizan:

La **Ley 3 del 15 de enero de 1991**, “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Vivienda

de Interés Social, se establece el subsidio familiar de vivienda, se reforma el Instituto de Crédito Territorial, ICT, y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial N° 39631 del 16 de enero de 1991, creó el Sistema Nacional de Vivienda de Interés Social, estableciendo en su artículo 1 que hacen parte de él las entidades públicas y privadas que propenden por la financiación, construcción, mejoramiento, reubicación y legalización de títulos de vivienda de interés social. Dicho sistema se concibe con el propósito de coordinar, planear y ejecutar las actividades que tales entidades adelantan para garantizar la racionalidad y eficiencia en los recursos. Así mismo, en la mencionada ley, se establece el Subsidio Familiar de Vivienda, dirigido a hogares que carezcan de medios económicos para obtener, mejorar o habilitar legalmente los títulos de una vivienda. Este Subsidio Familiar de Vivienda en el orden nacional ha sido regulado parcialmente por el artículo 6 de la Ley 3 de 1991 modificada por el artículo 1 de la **Ley 1432 del 4 de enero de 2011** “Por medio de la cual se modifica un párrafo al artículo 6 de la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial No. 47.942 de 4 de enero de 2011, y **el Decreto 951 del 24 de mayo 2001**, “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997, en lo relacionado con la vivienda y el subsidio de vivienda para la población desplazada”, publicada en el Diario Oficial No. 44.450, del 9 de junio de 2001.

De acuerdo con estas normas, el subsidio es un aporte estatal en dinero o en especie que se otorga por una sola vez al beneficiario, con el objeto de facilitarle acceder a una vivienda de interés social sin cargo de restitución, siempre y cuando el beneficiario cumpla con las condiciones que se establecen en la Ley 3ª de 1991 y aquellas que la modifiquen o adicionen.¹³

Por su parte, el artículo 2 del Decreto 951 de 2001 consagraba que la asignación de los subsidios referidos en áreas rurales correspondía, de manera exclusiva, al Banco Agrario, y en áreas urbanas al INURBE. Sin embargo, dado que esta última entidad entró en liquidación por disposición del Decreto 554 del 10 de marzo 2003¹⁴, el Decreto Ley 555 del 13 de marzo del mismo año¹⁵ ordenó que sus funciones en materia de vivienda fueran asumidas por el Fondo Nacional de Vivienda FONVIVIENDA, fondo con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía presupuestal y financiera adscrito al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

En concordancia con la norma anterior, se debe resaltar el artículo 5 del Decreto Reglamentario 2190 de 2009¹⁶, el cual precisa que el subsidio familiar de vivienda de interés social será otorgado por FONVIVIENDA con

cargo a los recursos del Decreto Ley 555 de 2003, esto es, del Presupuesto General de la Nación y por las cajas de compensación familiar, con cargo a las contribuciones parafiscales que administran.

LOS SUBSIDIOS DE VIVIENDA

Los subsidios de vivienda se consideran jurisprudencialmente un mecanismo estatal válido para desarrollar progresivamente el derecho a la vivienda digna consagrado en la Constitución. Sobre este derecho, la Corte Constitucional ha dicho:

“Para desarrollar la política social de vivienda de las clases menos favorecidas, el Estado creó el Sistema de Vivienda de Interés Social, y diseñó el subsidio familiar como uno de los mecanismos idóneos para su realización efectiva. El régimen normativo del subsidio establece requisitos y condiciones especiales dirigidas a posibilitar la adquisición de una vivienda digna por personas de escasos recursos económicos, de modo que mediante actos positivos se pueda concretar el derecho constitucional del 51 de la CP y la garantía de acceso de las personas postulantes en condiciones de igualdad.

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 91 de la Ley 388 de 1997, los recursos que destine el Gobierno Nacional para la asignación de los subsidios de vivienda de interés social que se canalizan por conducto del Fondo Nacional de Vivienda se dirigirán prioritariamente a atender las postulaciones de la población más pobre, dentro de la cual se encuentran las personas no vinculadas al sistema formal de trabajo. De igual manera las personas

¹³ Consultar al respecto la Sentencia T-791 de 2004.

¹⁴ “Por el cual se suprime el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana, Inurbe, y se ordena su liquidación.”

¹⁵ “Por el cual se crea el Fondo Nacional de Vivienda Fonvivienda”.

¹⁶ El Decreto 2190 de 2009 “Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 49 de 1990, 3 de 1991, 388 de 1997, 546 de 1999, 789 de 2002 y 812 de 2003 en relación con el Subsidio Familiar de Vivienda de Interés Social en dinero para áreas urbanas”, derogó el Decreto 975 de 2004

afiliadas al sistema formal de trabajo deberán ser atendidas en forma prioritaria por las Cajas de Compensación Familiar, de conformidad con lo establecido en el artículo 68 de la Ley 49 de 1990 y los artículos 63 y 67 de la Ley 633 de 2000 y Ley 789 de 2002.”¹⁷

Al ocuparse del régimen general de los Subsidios Familiares de Vivienda, la Corte Constitucional ha reiterado que se trata de una herramienta “*con que cuenta el Estado, para lograr que los ciudadanos, con escasos recursos económicos, puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas, dando así aplicación al derecho consagrado constitucionalmente en el artículo 51*”¹⁸ y que “*es un aporte estatal que se entrega por una sola vez al beneficiario, el cual puede estar representado en especie o en dinero, y está dirigido a que personas con escasos recursos económicos puedan acceder a una vivienda o a mejorar la que ya tiene*”¹⁹.

De igual manera, ha entendido que “*en términos generales, el subsidio familiar de vivienda es una de las herramientas con las que cuenta el Estado para lograr que los ciudadanos de más bajos recursos puedan acceder a una vivienda en condiciones dignas*”²⁰ y que “*fue implementado en nuestro país con el objeto de asegurar el acceso a la vivienda social de los hogares de escasos recursos*”²¹.

Este rápido repaso jurisprudencial pone de presente que para la Corte Constitucional, el subsidio de vivienda se encamina a apoyar a personas de “*escasos recursos económicos*”, a los de “*más bajos recursos*”, a los “*hogares de bajos recursos*” y, en general, a la “*población más pobre*”.

LA NATURALEZA, CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

A partir de la **Sentencia C-936 de 2003**, la Corte Constitucional, con el propósito de precisar el alcance y contenido del derecho a la vivienda digna, en aplicación del artículo 93 de la Constitución Política²², acudió a los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado colombiano relacionados con la materia y que por consiguiente hacen parte del bloque de constitucionalidad²³, los cuales se encuentran

²² ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

²³ Al respecto de este tema, consultar las Sentencias C-225/95, C-578/95, C-358/97, C-191/98, entre otras. El bloque de constitucionalidad se entiende como aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. forman parte del bloque de constitucionalidad aquellas reglas y principios que, sin figurar expresamente en la Carta, tienen rango constitucional (bloque de constitucionalidad en sentido estricto) o al menos representan parámetros de constitucionalidad (bloque de constitucionalidad en sentido lato) que permiten controlar la constitucionalidad de las leyes y de las normas de inferior jerarquía, por cuanto la propia Constitución, por medio de cláusulas de remisión, confiere fuerza jurídica especial a esas reglas y

¹⁷ T-175/08.

¹⁸ Ver al respecto las sentencias T-791 de 2004 y T-831/04.

¹⁹ T-791/04

²⁰ T-585/06

²¹ T-040/07

en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948²⁴ y 11-1° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, al igual que en otros instrumentos internacionales²⁵.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), en su artículo 11 señala que:

*“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido **y vivienda adecuados**, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. **Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho,***

principios. Entre las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad se encuentran algunos tratados, respecto de los cuales la Corte ha sido muy clara en señalar que no todos los tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad sino únicamente los tratados de límites y aquellos que reconocen derechos humanos. A su vez, se ha afirmado que la conformación del bloque remite a todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. De ahí, que no sólo lo conformen el articulado de la Constitución y los tratados internacionales referidos, sino algunas disposiciones de leyes orgánicas y de leyes estatutarias. (Negrilla es mía).

²⁴ “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

²⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°, ordinal e, numeral 3°); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, párrafo 2°); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27, numeral 3°); Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social (art. 10°); Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos (párrafo 8° de la sección III); Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (art. 8°, párrafo 1°); y Recomendación N° 115 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la vivienda de los trabajadores.

reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”. (La negrilla y subrayado es mío).

Como puede observarse, dicho precepto reconoce el derecho a una vivienda adecuada, cuyo contenido ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través de las interpretaciones que de éste tratado internacional, ha efectuado en las observaciones que realiza como órgano autorizado, por ejemplo en los párrafos 7 y 8 de la Observación General No. 4²⁶, donde, en efecto, expone algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada, fijando sus requisitos, los cuales han servido de parámetros a la Corte Constitucional para interpretar el artículo 51. Dada la suprema importancia de dichas observaciones, a continuación se transcribe *in extenso* lo que al respecto dice el Comité:

“7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, “la dignidad inherente a

²⁶ I I N Doc F/1991/23

la persona humana", de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término "vivienda" se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: **"el concepto de "vivienda adecuada"... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable"**.

"8. Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes:

a) **Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una**

variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

b) **Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición.** Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.

c) **Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas.** Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general,

conmensurados con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

d) **Habitabilidad.** Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda¹ preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas.

e) **Asequibilidad.** La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse

a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos. En muchos Estados Partes, el mayor acceso a la tierra por sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser el centro del objetivo de la política. Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho.

f) **Lugar.** La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación

que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

g) Adecuación cultural. *La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”(Negrillas y subrayas fuera del original)*

De tal manera que, entre las necesidades básicas que deben ser satisfechas para permitir a un individuo desarrollar en condiciones dignas su proyecto de vida, se encuentra proveerle de un lugar apropiado de habitación²⁷, que cumpla con los criterios de seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar adecuado y adecuación cultural.

La noción de vivienda digna, que se consolida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, implica contar con un lugar, propio o ajeno, que le permita a la persona que allí vive desarrollarse en unas mínimas condiciones de dignidad y satisfacer su proyecto de vida, por lo que “*adquire*

importancia en la realización de la dignidad del ser humano”²⁸. Con base en ello, se han fijado los requisitos que debe cumplir una vivienda en Colombia para poder ser considerada como tal:

“En primer lugar, debe presentar condiciones adecuadas, las cuales dependen de la **satisfacción de los siguientes factores**, entre otros: **(i) Habitabilidad**, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos 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 los servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición de sus ocupantes. **(iii) Ubicación** que permita el fácil acceso a opciones de empleo, centros de salud y educativos, y otros servicios sociales, y en zonas que no pongan en riesgo la salud de los habitantes. **(iv) Adecuación cultural** a sus habitantes.

En segundo lugar, debe rodearse de garantías de seguridad en la tenencia, condición que comprende, entre otros aspectos: **(i) Asequibilidad**, que consiste en la existencia de una oferta suficiente de vivienda y de posibilidades de acceso a los recursos requeridos para satisfacer alguna modalidad de tenencia, entre otros. (...). **(ii) Gastos soportables**, que 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. Para satisfacer este componente, el Estado debe, por ejemplo, crear subsidios para quienes no puedan sufragar el costo de la tenencia y sistemas de financiación que permitan a las familias acceder a la vivienda sin comprometer su vida en condiciones

²⁸ Al respecto consultar las sentencias T-079 de 2008, T-894 de 2005, T-791 de 2004 y T-958 de 2001, entre otras.

²⁷ Sentencia T-569 de 2009

*dignas, proteger a los inquilinos contra aumentos desproporcionados en los cánones de arrendamiento y facilitar el acceso a materiales de construcción. (iii) Seguridad jurídica en la tenencia, que implica que las distintas formas de tenencia estén protegidas jurídicamente, principalmente contra el desahucio, el hostigamiento, o cualquier forma de interferencia arbitraria e ilegal.”*²⁹ (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En conclusión, el complejo conjunto de atributos jurídicos que suponen la protección del derecho a la vivienda digna han llevado a que la Corte Constitucional concluya con firmeza que el Estado protege todos los perfiles, modalidades o situaciones implícitas en la tenencia de la vivienda y no solamente las formas jurídicas o económicas de acceso a la propiedad, construyendo de esta manera una doctrina constitucional alrededor de cada uno de sus atributos, señalando -de paso- la conexión que puede llegar a existir entre este derecho, en conexidad con otros de carácter fundamental.

EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA. DE CARÁCTER PRESTACIONAL A CARÁCTER FUNDAMENTAL.

Como se expuso en precedencia, a partir de los parámetros fijados en el artículo 51 Superior y el parágrafo 1° del artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la alta Corporación, ha establecido el verdadero contenido y alcance del derecho a la vivienda digna, y aunque ha reconocido que conforme a la Constitución,

prima facie, se trata de un derecho económico y social, por ende de naturaleza prestacional y progresiva, cuyo contenido debe ser definido legalmente según políticas públicas democráticamente adoptadas, ha señalado que en ciertos casos algunas facetas de la vivienda digna alcanzan la categoría de derechos fundamentales subjetivos desplegado en diferentes escenarios, entre el reconocimiento de los elementos inherentes a la naturaleza prestacional del mismo y su excepcional carácter fundamental.

Esta doctrina constitucional tiene sus antecedentes en interpretaciones basadas en la ubicación del derecho a la vivienda digna, dentro de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, los cuales se consideran como un “conjunto de garantías que reciben el nombre de “Derechos Asistenciales”, cuya principal característica es la de que no son simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga u obligación al Estado, frente al cual el individuo es situado en el marco social en la condición de acreedor de ciertos bienes que debe dispensarle el aparato político, principalmente a través de la función administrativa, que con la adopción garantizadora comentada, viene a ocupar un amplio espacio en el poder público.”³⁰

De acuerdo con aquella posición, esta clase de derechos son esencialmente de naturaleza prestacional, lo que significa, que necesitan de

²⁹ Sentencia T-585 de 2006

³⁰ Sentencia T-008 de 1997

un desarrollo normativo y reglamentario para su efectividad, por tanto no son considerados fundamentales *per se* ni de aplicación inmediata mediante el ejercicio de la acción de tutela, ya que se caracterizan por ser derechos individuales y no necesariamente colectivos, patrimonializables en algunas ocasiones, en la medida en que las prestaciones que representan puedan ser valoradas pecuniariamente, y por tener como fin la redistribución de la riqueza, estos derechos se clasifican como de segunda generación³¹.

Esta postura, vino a ser reafirmada en la **sentencia de unificación**³² **SU-111 de 1997**, donde la Corte, al estudiar el tema de la función jurisdiccional dentro del Estado Social de Derecho, el compromiso de la organización estatal y la obligación del legislador de articular políticas públicas, conceptúo que estos derechos prestacionales no obstante estar vinculados con la dignidad humana, la

³¹ Ejemplo de esta interpretación es la sentencia T-251 de 1995.

³² El mecanismo de la unificación es el llamado a producirse en casos en los cuales la Corte Constitucional produce pronunciamientos divergentes. Sobre la importancia de las sentencias de unificación la alta Corporación sostuvo lo siguiente en la Sentencia C-018/93: “*Con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991 se busca específicamente unificar las sentencias de revisión de tutela de la Corporación. Ello por cuanto la jurisprudencia de la Corte debe ser universal, coherente y consistente, con el ánimo de realizar el principio de igualdad material (art. 13 de la carta), en virtud del cual se debe conferir igual tratamiento a situaciones similares, así como propiciar un mínimo de certeza en el tráfico jurídico. Tales atributos de la jurisprudencia constitucional requieren de la existencia de un mecanismo de unificación, toda vez que la Corte Constitucional, de conformidad con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, falla los asuntos de tutela mediante las diferentes salas de revisión, cada uno de ellas encabezada por uno de los Magistrados de la Corporación, de suerte que existen tantas salas de revisión de sentencias de tutela como Magistrados de la Corte. Por eso no es de extrañar que en un punto concreto del discurso jurídico constitucional no exista unidad de criterios entre una y otra sala de la Corporación.*”

vida, la igualdad y la libertad, no son de inmediata aplicación, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal.

Como se puede observar, en una primera etapa la jurisprudencia constitucional precisaba que el derecho a la vivienda digna era un derecho de naturaleza prestacional en la medida en que “*requiere un desarrollo legal previo y que debe ser prestado directamente por la administración o por las entidades asociativas que sean creadas para tal fin, sin olvidar que su aplicación exige cargas recíprocas para el Estado y para los asociados que pretendan beneficiarse de los programas y subsidios*”³³, motivo por el cual no se podía exigir su protección de forma directa o inmediata. En dicho pronunciamiento de unificación, la alta Corporación también sostuvo que los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social de Derecho, se concretan y estructuran en los términos de la ley, correspondiéndole a esta definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

Como ocurrió con los demás derechos económicos, sociales y culturales, desde sus primeros pronunciamientos, la jurisprudencia

³³ Sentencia T-363 de 2004

constitucional negó la *iusfundamentalidad* del derecho a la vivienda digna, con el argumento que se trataba de un derecho de carácter prestacional cuyo contenido debía ser precisado en forma programática por las instancias del poder que han sido definidas con fundamento en el principio democrático, de conformidad con las condiciones jurídico materiales disponibles en cada momento histórico.

De esta forma, gran parte de los pronunciamientos en la materia califican la vivienda digna como un derecho *asistencial* del cual no es posible derivar derechos subjetivos exigibles en sede de tutela por cuanto su desarrollo sólo corresponde al legislador y a la administración.³⁴ Argumentación que del mismo modo, acompañó desde etapas tempranas las consideraciones en relación con derechos como la salud, el trabajo, la educación, la seguridad social, entre otros derechos sociales y económicos.

No obstante, dicha posición fue evolucionando con la introducción del criterio de que estos derechos pueden adquirir el rango de fundamentales de tres maneras, por transmutación³⁵, por la conexidad con un

derecho fundamental³⁶ o por la afectación del mínimo vital³⁷ y por lo tanto se hace procedente su protección a través del mecanismo tutelar.

En pronunciamientos más recientes, se construyó otra postura con respecto a los derechos sociales, económicos y culturales que se compagina con la definición del Estado Social de Derecho enmarcada en el artículo 1 de la Constitución Política, en el entendido que *Todos los derechos constitucionales son*

de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados – prestaciones y autoridades responsables –; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”.

³⁶ Posición planteada desde la sentencia T-406/92. *“Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial. Un derecho fundamental de aplicación inmediata que aparece como insuficiente para respaldar una decisión puede llegar a ser suficiente si se combina con un principio o con un derecho de tipo social o cultural y viceversa. Esto se debe a que la eficacia de las normas constitucionales no está claramente definida cuando se analiza a priori, en abstracto, antes de entrar en relación con los hechos.”*

³⁴ Sentencias T-251 de 1995, T-258 de 1997, T-203 y 383 de 1999.

³⁵ Sentencia SU-599 del 18 agosto de 1999 M.P. Alvaro Tafur Galvis. La tesis garantista de la transmutación de los derechos sociales, consistente en que, cuando el contenido de aquellos derechos era desarrollado a nivel legal o reglamentario, tales derechos superaban su calidad de indeterminación y se convertían en verdaderos derechos fundamentales autónomos capaces de ser protegidos por vía de acción de tutela. En relación con el principio de la transmutación de los derechos sociales, se puede estudiar la sentencia T-468 de 2007 en la cual se afirmó que: “[U]na vez ha sido prevista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema

³⁷ Ver las sentencias T-462/92 y SU-995/99. La alta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.*

*fundamentales*³⁸, pues se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución³⁹. Toda vez que, en situaciones de vulneración clara de este tipo de derechos, la competencia del juez constitucional fue reivindicada con fundamento en el criterio de la *conexidad*, en desarrollo del cual se estableció que los derechos denominados de *segunda generación* podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre éstos y un derecho fundamental en atención a las circunstancias del caso concreto.

En lo atinente al carácter fundamental del derecho a la vivienda, en **Sentencia T-585 de 2008**, la Corte Constitucional, manifestó:

“Cuando la protección del derecho a la vivienda digna sea solicitada al juez de tutela, dicha autoridad no podrá sin más desconocer la procedibilidad del amparo valiéndose del supuesto carácter no fundamental del derecho, así como tampoco será apropiado que recurra al criterio de la conexidad para negar la admisibilidad del amparo. Corresponderá de acuerdo con lo anteriormente expuesto, identificar –en atención a las circunstancias del caso concreto– si la pretensión debatida en sede de tutela hace parte de la faceta de defensa o de prestación del derecho, para en este último caso limitar su intervención a aquellos supuestos en los cuales se busque la efectividad de un derecho subjetivo previamente definido o en los

que pese a la inexistencia de tal definición, la protección constitucional resulte necesaria de cara a las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran sujetos que en razón de sus condiciones físicas, mentales o económicas requieren la especial protección del Estado.

*calificar como fundamental el derecho a la vivienda digna como ha sucedido con otras garantías pertenecientes a la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales, implica adoptar una postura más cercana al ideario plasmado por nuestros Constituyentes y adicionalmente, más respetuosa de los compromisos adquiridos por nuestro Estado a nivel internacional.”*⁴⁰

Con base en ello, el máximo Tribunal de la jurisdicción constitucional llegó a construir una doctrina en el sentido de confirmar que el derecho a la vivienda digna adquiere rango fundamental cuando opera el factor de *conexidad*⁴¹, pudiendo excepcionalmente ser objeto de protección a través del mecanismo constitucional de la acción de tutela en el evento en que su desconocimiento directo o

⁴⁰ Cfr. Sentencia T-585 de 12 de junio de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁴¹ T-801 de 1998: “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”. Algunos ejemplos son: En la sentencia T-1091 de 2005 la Corte concedió el amparo como mecanismo transitorio, en conexidad con los derechos fundamentales al mínimo vital y al debido proceso, de una mujer en estado de invalidez, cuyo inmueble había sido embargado y rematado en un proceso ejecutivo adelantado por la Corporación de Ahorro y Vivienda. En la sentencia T-473 de 2008 la Corte concedió la acción de tutela para proteger el derecho a la vivienda digna o adecuada, en conexidad con el derecho a la vida digna y a la tranquilidad, por cuanto las autoridades distritales habían dictaminado un riesgo inminente de deslizamiento en los terrenos donde había sido construido el inmueble donde vivía la actora con sus hijos. Ver también la sentencia T-754 de 2006

³⁸ Ver las siguientes sentencias: T-016 del 22 de enero de 2007 sobre el derecho a la salud, T-585 del 12 de junio de 2008 sobre el derecho a la vivienda y T-580 de 30 de julio de 2007 sobre el derecho a la seguridad social, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁹ Cfr. Sentencia T-404 de 17 de junio de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

indirecto implica la vulneración o la amenaza de derechos fundamentales *per se*, tales como la vida, la dignidad, la integridad física, la igualdad, el debido proceso, seguridad personal, los derechos de los niños, entre otros⁴², siempre que exista para su titular la concreta ofensa a aquel derecho⁴³, o cuando la persona que acude a la instancia judicial de tutela, es un sujeto de especial protección constitucional (artículos 44 y 46 superiores), o se encuentra en situación de debilidad manifiesta⁴⁴, pues, como ya se señaló, el derecho a una vivienda apropiada adquiere máxima importancia en la realización de la dignidad del ser humano⁴⁵.

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

Puede decirse entonces, que existe una reiterada línea jurisprudencial en materia de protección del derecho a la vivienda digna a través de la acción de tutela, precisamente porque en los casos en los cuales esta resulta

⁴² Ver sentencias T-895 de 2008, T-894 de 2005, T-791 de 2004, T-363 de 2004, T-756 de 2003, T-1073 de 2001, T-626 de 2000, T-190 de 1999 y T-617 de 1995, entre otras.

⁴³ Sentencia T-079 de 2008.

⁴⁴ En la sentencia T-919 de 2006, la Corte tuteló el derecho a la vivienda digna de una familia desplazada en una situación de particular indefensión y vulnerabilidad, pues dentro de la misma había una menor portadora del VIH. En la sentencia T-585 de 2008, el amparo fue concedido a un peticionario con pérdida severa de la capacidad laboral, sin ingresos estables y a cargo de dos niñas y su padre porque les había sido negada la inclusión en un programa de reubicación de familias. En la sentencia T-036 de 2010, la Corte encontró vulnerados los derechos a la vivienda digna en conexidad con los derechos a la vida e integridad física de una familia, por omisión de la Alcaldía del Municipio de reubicarla en albergue transitorio.

⁴⁵ Sentencias T-959 de 2004, C-560 de 2002, T-1165 de 2001, C-328 de 1999, T-666 de 1998, T-011 de 1998, T-617 de 1995, T-021 de 1995 y C-575 de 1997.

comprometida adicionalmente se ven afectados otros derechos fundamentales, íntimamente relacionados con grupos dentro de la población sujetos de protección constitucional por parte del Estado, tales como los niños, adultos mayores, discapacitados y la población desplazada, etc.

Atendiendo el criterio precedentemente señalado, la prosperidad de la acción de tutela en busca de conculcar la vulneración del derecho a la vivienda digna está sujeta a las condiciones jurídico-materiales del caso concreto, “*debiendo determinar el juez de tutela si la carencia de vivienda apropiada acarrea conculcación a la dignidad humana y aún riesgo a la vida o integridad física de quien acude a esta instancia judicial*⁴⁶ y de los integrantes de su núcleo familiar”⁴⁷.

La Corte Constitucional en la ya mencionada **Sentencia T-125 de 2008**, estableció unas pautas útiles para analizar la procedibilidad de la acción de tutela, precisando que para ordenar el eventual amparo del derecho a la vivienda digna, es indispensable que el juez analice las causas materiales y jurídicas de cada caso en concreto, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

“(i) la inminencia del peligro; (ii) la existencia de sujetos de especial protección que se encuentren en riesgo; (iii) la afectación del mínimo vital; (iv) el desmedro de la dignidad humana, expresado en situaciones degradantes que afecten el derecho a la vida y la

⁴⁶ Sentencia T-021 de 1995.

⁴⁷ Ver sentencia T-569 de 2009.

salud, y (v) la existencia de otro medio de defensa judicial de igual efectividad para lo pretendido. Con ello se concluirá si la protección tutelar procede.

Con respecto a la inminencia del peligro a que se encuentre expuesta la persona, debe ser de tal magnitud y actualidad que ponga en riesgo la vida, la salud, la integridad física o la dignidad del interesado y su núcleo familiar, y que no exista otra forma de conjurar dicha situación.

Igualmente, la presencia de menores en el entorno amenazado convierte en más apremiante la situación, ya que los derechos de los niños se encuentran en un rango superior, según disposiciones internacionales y constitucionales, jurisprudencialmente desarrolladas.

Es importante resaltar, entonces, que el derecho a la vida en condiciones salubres, va también de la mano de la dignidad humana; por esto, las personas no deben estar sometidas en su morada a situaciones que afecten o pongan en peligro su salud y el normal desarrollo vital, como serían la persistencia de malos olores, humedad constante, peligro de inundación, deslizamientos, amenaza de ruina, etc. La presencia de alguno de estos factores también pondría en el ámbito de la protección constitucional por vía de tutela, el derecho a una vivienda digna.⁴⁸

De tal manera, se concluye que entre las necesidades básicas que deben ser satisfechas para permitir a un individuo desarrollar en condiciones dignas su proyecto de vida, se encuentra proveerle de un lugar apropiado de

habitación.⁴⁹

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA DE 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL. Para la consulta de Jurisprudencia relacionada con el tema se acudió a la página Web de la Corte Constitucional, con dirección <http://www.corteconstitucional.gov.co>

SECRETARIA DEL SENADO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Para la consulta de Legislación se acudió a la página Web de la Secretaría del senado, con dirección <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arbol/1000.html>



⁴⁹ Sentencia T-569 de 2009.

⁴⁸ Ver sentencia T-125 de 2008

LA LEY 1437 DE 2011 ENTRAÑA EN VERDAD LA ORALIDAD

Por: Hernando Ayala Peñaranda

Resumen

El sistema judicial Colombiano, afronta desde décadas congestión que impide dar cumplimiento a uno de los servicios esenciales prestados por el Estado como lo es la Administración de Justicia; dicha problemática se ha pretendido resolver con el aumento de servidores, empero la creciente demanda del servicio de justicia, ha hecho que se piense en fórmulas distintas; así se ha venido implementando la oralidad en varias de las especialidades (penal, laboral) y ahora con la expedición del “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” Ley 1437 de 2011 en el Área Administrativa, se proyecta éste propósito. No obstante veremos en las páginas siguientes lo que se ha propuesto un sistema que mantiene nuestra tradición escrituraria imbuida de algunos elementos de oralidad, que como principio de un nuevo paradigma, permitirá a los funcionarios de la administración, litigantes y jueces apersonarse y acercase a una nueva forma de administrar justicia

que concite el derecho de una efectiva administración de justicia.

Abstract

The Colombian judicial system, has faced decades for preventing congestion that comply with one of the essential services provided by the state as is the Administration of Justice that has attempted to solve problems with the increase of employers, however the growing demand for service justice has to think in different formulas, and has been implemented in several of orality specialities (criminal, labor) and now with the issue of "Code of Administrative Procedure and Administrative Disputes" Art. 1437 of 2011 on the Administrative Area projected this purpose. However we will see in the following pages that has been proposed a system that keeps our scriptural tradition infused some elements of orality, that as the beginning of a new paradigm, will allow government officials, attorneys and judges appear in person and approaching a new way of administering justice that can improve the effective way to administrate justice.

INTRODUCCIÓN

Históricamente el sistema jurídico colombiano ha prodigado la escritura, lo que a la postre impide la oralidad como medio efectivo para la pronta solución de las diferentes controversias que a diario enfrenta la judicatura y en particular la compleja competencia que maneja la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La jurisdicción de lo contencioso administrativa, presenta una grave y prolongada duración de sus litigios, situación que sin duda contribuye el excesivo y predominante proceso escrito, formalista, complejo y rígido que se ha heredado.

Bajo esta concepción tenemos que se ha prodigado en la administración de justicia de la república durante los últimos tiempos una clara tendencia reformista que propende por aumentar la eficiencia, a afecto de mejorar las condiciones de acceso a la administración de justicia.

El gobierno nacional a través del Decreto 4820 de 2007 instituyó la comisión para la reforma a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la cual como objetivo central tenía la de estudiar la modificación del Código Contencioso Administrativo, incluyendo la reducción de los diferentes procedimientos judiciales que se aplican

en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la determinación sobre la viabilidad de implementar la oralidad en esta jurisdicción. Como bien se advierte uno de los grandes propósitos lo comprendía la necesidad de reducir los procedimientos, lo que motivaba inexcusablemente el fortalecimiento de los mecanismos que para ante la administración se contaba, con lo que se lograba la reducción del trámite legal, y la puesta en marcha de la oralidad haciéndose efectiva la reducción en la congestión y la mora judicial.

Por demás no resulta recordar el Código que hoy nos rige Decreto 01 de 1984, el cual ha sido objeto de múltiples reformas Decretos 2288 y 2304 de 1989, 768 de 1993, ley 270 de 1996, 446 de 1998, 1107 de 2006, 1285 de 2009, 1395 de 2010 entre otras, data de no menos a la fecha de 25 años, espacio en el que se han dado múltiples transformaciones en la vida del comercio, de la cultura de la tecnología por nombrar algunas que hacen necesario el que se adopten novedosas instituciones y disposiciones que impidan resulte la normatividad aplicable en inoperantes y obsoletas frente a las noveles controversias que se plantean.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, “Código de Procedimiento

Administrativo y de lo contencioso Administrativo”, se propende por actualizar e intentar actualizar la legislación al nuevo orden constitucional que desde el año 1991 nos rige y especialmente en dar cumplimiento a los principios que rigen la función pública y en este caso de la administración de justicia, en particular de la inmediación, concentración, celeridad y economía en aras de un efectivo acceso a la administración de justicia que a través de la oralidad se considera el medio idóneo para aplicar una efectiva y pronta solución de las controversias que ha diario presenta la comunidad.

Se pregunta si es precisamente nuestra cultura escrituraria la que ha llevado a la congestión que en todas las áreas del derecho ha sumido la administración de justicia en un caos que a diario se amplía por el innumerable cantidad de trabajo que atesta a los despachos judiciales, y como respuesta se busca un efecto contrario a través de la oralidad.

La historia dirá si se encaminó positivamente o si como en otras reformas que se ha propuesto han constituido simplemente en una nueva forma de imponer el problema y mantener la congestión se mantendrá vigente.

¿Resulta de entera importancia verificar si con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, se impone la oralidad en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa?

Objetivo General

Verificar si efectivamente con la ley 1437 de 2011 se implementa en Colombia la oralidad para la jurisdicción contenciosa administrativa.

Objetivos Específicos

Determinar las normas que específicamente dan cuenta de la oralidad en trámite de los procesos judiciales contenciosos administrativos.

Lo propuesto por el legislador a fin de lograr descongestionar la jurisdicción contenciosa administrativa.

El resultado del propósito del legislador al implementar la oralidad en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo.

JUSTIFICACIÓN

Con La vigencia del nuevo Estatuto de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se ha propuesto integrar cambios constitucionales, producto del nuevo orden constitucional que impuso la Carta Política de 1991, remozando instituciones

administrativas y procesales y beneficiarse de los medios que provee la tecnología informática, dándose a la administración y a la jurisdicción contencioso administrativa un novedoso marco normativo que propenda por la prevalencia de los principios y deberes contenidos en la Constitución y las leyes, bajo el entendido de que todo servicio o función pública debe estar al servicio de los intereses de la generalidad y que precisamente la función jurisdiccional haga efectiva los derechos, garantías, obligaciones y libertades de los asociados.

Se ha propuesto a la jurisdicción la meta de que cuando haya de ir al juez, el ciudadano debe encontrarse ante procedimientos ágiles, garantías, que le permitan hacer efectivas sus derechos y que no se posterguen y dilaten innecesariamente en el tiempo, que no se tengan el vicio de la tramitología, proceso que se ha dotado de un buen componente de oralidad.

EL NUEVO CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El pasado 18 de enero, se promulgó la ley 1437 “Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo” norma que como bien lo precisa su nombre regula de manera independiente los trámites ante la

administración misma y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De la primera parte del Código (Ley 1437 de 2011) anunciada como de los “Procedimiento Administrativos”, certeramente desde el primer artículo se reafirma el propósito del legislador al platearse que las normas allí contenidas, tienen como finalidad garantizar los derechos y libertades de las personas, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares, norma de la que se aviene una ampliación de aplicación de algunas otras respecto de ciertas actividades que cumplen entidades privadas que comportan un gran impacto social, traduciéndose en que no sólo se aplica de forma perentoria a la administración en su sentido orgánico, sino de igual forma en un sentido material a algunos sectores de particulares, que dada la trascendente función o servicio que cumplen deba obedecer a los criterios de interés público.

Por si resultara poco se insiste en el artículo 3º, el deber de las autoridades

(entendidas estas a las voces del artículo 2 a todos los órganos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos ordenes, sectores y niveles a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas), de interpretar y aplicar en desarrollo de sus actividades entre otros principios como el de coordinación, eficacia, economía y celeridad, que orientan la oficiosidad del juez para remover los obstáculos meramente formales que se le presenten, evitando dilaciones y retardos, optimizándose el uso del tiempo y los recursos con que cuenta incentivándose el uso de la tecnología.

En cumplimiento de la meta propuesta se evidencia en la ley una clara secuencia de los pasos a cumplirse en lo que al derecho de petición corresponde, al igual que una mayor claridad en la responsabilidad que le incumbe a los funcionarios que deben atenderlo, renovándose las distintas modalidades de petición del que se prodigó la posibilidad de presentarse a través de cualquier medio tecnológico o electrónico, derecho que a efecto de poder garantizar su presentación se determinara una atención mínima al público de 40 horas a la semana para lo cual se implementarán un sistema de turnos acorde con la

necesidad del servicio, derecho que resulta reglado ante organizaciones e instituciones privadas.

Otro avance significativo lo constituye, no obstante la existencia de multiplicidad de procedimientos administrativos, la norma mediante la cual se dispuso el deber de aplicar las reglas generales allí contenidas a todos los procedimientos en la medida que en dichos procedimientos especiales no se encuentre reglado, con lo que se pretende haya un orden y claridad ante las distintas vicisitudes que en curso de las peticiones se presenten.

No de menos importancia resulta el que se haya destinado el capítulo cuarto artículos 53 y s.s. acerca de la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo; valga recordar en Colombia se promulgó la Ley 527 de 1999, normatividad que define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

Era de esperarse consecuentemente el desarrollo jurídico teniendo como partida la citada normatividad, al igual que las que posteriormente se dictaran acerca de tan eminente instrumento técnico que

apunta a dotar de mayor prontitud, seguridad y masificación.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-1147 del 31 de octubre de 2001 con Ponencia del Dr. Manuel José Cepeda reseñó:

“...Los avances de la humanidad en los campos científicos y tecnológicos siempre han planteado retos al derecho. El desarrollo de nuevas técnicas de producción y el desenvolvimiento de complejas formas de comunicación, por citar tan sólo dos ejemplos, tienen efectos directos en la estructura política y económica de la sociedad, que, de acuerdo con su grado de incidencia en el tráfico jurídico, en la distribución de bienes y servicios escasos y en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas, demandan diferentes respuestas del ordenamiento jurídico. ...”

Y es precisamente que conocedor de lo que implica estar a la vanguardia de la tecnología se insiste se incorpora en el nuevo Código la sistematización como regla general en las notificaciones por vía electrónica, el inicio de procesos por medios electrónicos, actos administrativos electrónicos, archivos y expedientes electrónicos, razón por la que habrán de requerirse formalidades y pautas con las

deberán cumplirse para incorporar de manera progresiva y a la brevedad, la utilización de los citados medios electrónicos en los procedimientos administrativos, sin que ello no sea óbice para que quien no tenga acceso a los mismos y con el propósito de respetar sus derechos se deje un margen de garantías.

Ahora y apuntando a dar mayor celeridad o procurar la misma si bien en el tema de los recursos no se advierten grandes progresos, se ha determinado la existencia de un silencio administrativo positivo en el artículo 52 que prevé:

“Caducidad de la facultad sancionatoria. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tiene las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. **Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente sin perjuicio de la**

responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver. ... (resaltado fuera del texto).

Resulta evidente que el citado efecto comporta un medio de presión sobre la administración, al igual que un medio que garantiza la prontitud en la resultas de los recursos en la situación que se plantea y el que se acoja una posición de la administración más comprometida con su tarea, así mismo bien puede evitar seguramente muchos procesos lo que trascenderá en reducir la congestión.

Importante resulta el que se haya previsto en el último título de la primera parte del código lo atinente a la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la que implica el que de parte de las autoridades deban acatar las sentencias de unificación en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para el efecto el peticionario acudirá a la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, el cual no deber estar caduco; la petición contendrá una justificación razonada, que de cuenta que el solicitante se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que

se encontraba el demandante al que se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada; deberá adjuntar las pruebas que tenga en su poder, así como que deberá enunciar las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que presentaría si requiriera ir ante la jurisdicción.

La autoridad tendrá que decidir en los treinta (30) días siguientes a la recepción de la petición: De negársele total o parcialmente lo solicitado podrá el patente acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado el cual conforme y lo reglado en el artículo 269, correrá traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere necesarias; plazo que vencido dará pie a que se convoque a una audiencia que se realizará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes, audiencia en la que se les escuchará en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar; esto es si se estima procedente la solicitud, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar; no obstante si dicha decisión implica el reconocimiento de un derecho patrimonial que deba ser

liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva lo presentara el peticionario ante la autoridad que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudará el término para la demanda, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la misma.

Importante resulta precisar previó en su penúltimo inciso el artículo 102 de la Ley 1437 que la solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo

Contencioso Administrativo; de la misma forma se enseña que los términos para la presentación de la demanda se reanudarán al vencimiento del plazo de los treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo.

Se tienen como sentencias de unificación de jurisprudencia las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el art 36 A de la Ley 270 de 1996, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Se ocupa la segunda parte de la Ley 1437 de 2001, acerca de la organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y de sus funciones jurisdiccional y consultiva. Se evidencia por parte de la citada ley y por ende de sus mentores la preocupación en que se definiera de manera clara cuales eran las competencias de la jurisdicción, pues resulta inevitable se desatiende al efectivo acceso a la administración de justicia cuando previamente el usuario en no pocas oportunidades debe esperar a que se le defina quien es el juez natural de su

controversia, lo anterior debido a que desde sus inicios la jurisdicción de lo contencioso administrativo no fue ideada para juzgar al Estado, sino para juzgar una función del Estado, la función administrativa y no la naturaleza de la entidad, develando circunstancias en que como por ejemplo en la prestación de servicios públicos que para algún tiempo resultaba difícil determinar si correspondía o no a una función administrativa o comprendía una función industrial y comercial, pues de ser lo primero asumía la competencia el juez contencioso, en tanto si se tomara como función industrial y comercial era de la jurisdicción ordinaria; asuntos que suscitaron disímiles conflictos que en oportunidades requerían hasta de años por resolverse.

Para el año de 2006 con la expedición de la Ley 1107, que define el criterio material por un criterio orgánico para efectos de establecer la competencia, dado que es la naturaleza de la entidad que actúa la que define si la controversia ha de ser de competencia de una u otra jurisdicción, se rediseñó en adelante con identificar si la que intervenía era una entidad administrativa, sin importar la función, empero si bien generó tranquilidad en el citado tópico creo gran congestión en la

jurisdicción lo que se apaciguo con la entrada en funcionamiento de los jueces administrativos, no obstante si resultaba claro no eran precisamente quienes en adelante juzgarían muchos asuntos los mejor ilustrados pues en adelante se enfrentan a asuntos propios de la jurisdicción ordinaria (aplicación de leyes comerciales, temas de bolsa, de seguros) entre otros.

Razones estas por la que en el artículo 104 de la ley 1437 se acogiera un criterio mixto para definir la competencia, estableciéndose está instituida la jurisdicción contenciosa para conocer además de lo que por la Constitución y las leyes especiales se ha dispuesto, le incumbe conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

En lo que a las modificaciones que se han dispuesto y de los procedimientos, se tiene que se desecha el otrora exclusivo proceso escriturario, para dar paso a un proceso mixto, pues como se advierte a partir del artículo 162 el proceso se inicia con la presentación de la demanda, la cual, de satisfacer los requisitos se admitirá,

procediéndose a dar traslado al demandado y al Ministerio Público por el término de treinta (30) días, debiéndose por escrito dar contestación de la misma.

El capítulo V prevé a partir del artículo 179 las tres (3) etapas en que ha de desarrollarse el proceso; esto es, una primera que comprende desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial; la segunda desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas y la tercera desde la terminación de la anterior y comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento, culminando con la notificación de la sentencia. Se determina el poder prescindir de la segunda etapa en tanto la controversia de que se trata fuere de puro derecho o no fuere necesario la práctica de pruebas, pudiendo el juez en la audiencia inicial previo traslado para alegar a las partes proferir sentencia.

La primera de las audiencias será presidida por el Juez o Magistrado Ponente dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda o el de su prórroga o del de reconvencción o de la contestación de las excepciones o del de contestación de la demanda de reconvencción, decisión que se notificará por estado, audiencia que bien

puede aplazarse en los términos del numeral 3 del artículo 180. Se prevé que al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá una multa de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la citada audiencia se decidirá de oficio o a petición de parte sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar decisiones inhibitorias; seguidamente se resolverá acerca de las excepciones previas y de las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

Las restantes audiencias comprenderán exclusivamente el propósito de recaudar las pruebas la segunda y la tercera las alegaciones y su juzgamiento, encontrándose el juez autorizado para interrogar a los intervinientes acerca de lo planteado en sus alegaciones; agrega bien resulta pueda el juez inmediatamente de serle posible informar el sentido del fallo en forma oral y consignarla por escrito en los 10 días siguientes; no obstante y cuando no fuere posible dar el sentido del fallo, deberá dejar constancia del motivo y proferirá la sentencia dentro de los 30 días siguientes.

Se tiene el que las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales. Precisa el artículo 197 que para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico.

CONCLUSIONES

Como puede advertirse y desde un comienzo se reseñara la administración de justicia se encuentra y vive una angustiosa y prologada congestión, hecho que afecta a todos los principales intervinientes (Jueces y Partes), los primeros ante los agobiantes requerimientos de su intervención, investigaciones que por morosidad se inician, y para las partes la permanente incertidumbre que por espacio de años los desgasta.

Una de las soluciones para reducir los procesos, precipitar las decisiones lo ha sido la implementación de la oralidad o proceso por audiencias; No en vano Calamandrei reseña que existe un binomio oralidad y escritura que ha revestido un significado polémico y programático, siendo el primer elemento la bandera del

proceso del futuro y el segundo la representación de un proceso desfasado que debe reformarse.

Se ha probado resulta imposible la existencia de un proceso enteramente escrito u oral, y precisamente por ello es que dentro de las modificaciones que se han propuesto a los procedimientos administrativos y Contenciosos Administrativos dejan de ser un proceso netamente escrito y pasa a ser un proceso mixto con una etapa inicial escrita y luego con una etapa concebido con elementos de oralidad sin que ello implique un proceso enteramente oral.

BIBLIOGRAFÍA

Actas de debate ante el Congreso de la República del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Relatoría Corte Constitucional

Anotaciones tomadas en exposiciones de Consejeros de Estado en la presentación que en esta ciudad hicieron del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DEL TESTADOR FRENTE AL DERECHO A LA LIBRE AUTODETERMINACIÓN DE LOS ASIGNATARIOS *MORTIS CAUSA* BAJO CONDICIÓN ESPECIAL.

Por: **Jesús Hernando Lindarte Ortiz**

Sergio Ojeda Rolón*

Juan Carlos Rivera Corredor**

Resumen

La propiedad de los bienes de las personas fallecidas, *causantes*, y la transmisión de su patrimonio es un acto complejo que ha interesado vivamente al legislador colombiano. Ese modo de transmitir el derecho de propiedad o dominio sobre el patrimonio particular puede ejercerse por vía legal –*ab intestato*– y por acto de voluntad unilateral –testamento– según sea la ley o la voluntad del testador la que determine el llamamiento de los asignatarios. Dentro de esta última forma de distribución *mortis causa* del patrimonio de un *de cuius*, el Código Civil contempla la posibilidad de instituir asignatarios bajo modalidades, una de ellas es la asignación condicional y dentro

de ellas específicamente a partir del artículo 1131 *ibidem* se consagran las llamadas condiciones especiales presentándose una eventual tensión entre el derecho a la libre autodeterminación del causante testador y de los asignatarios llamados bajo condición especial y sus implicaciones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

Abstract

The ownership of the assets of the deceased, *auctors*, and transmission of their heritage is a complex act that the legislature has keen interest in Colombia. This way of transmitting the right of ownership or control over the particular property may be exercised by law-*intestate*-and unilateral act of will-*will or testament*-as the law or will of the testator to determine the appeal of allottees. Within this latter form of distribution of a deceased person heritage, the Civil Code provides for the possibility of establishing modal assigns, one of which is conditional assignment within and specifically from

* jhlo16@hotmail.com

** ojedarolon@hotmail.com

... jriveracorredor@hotmail.com

Article 1131 advises special conditions. The tension between the right to self-determination of the deceased testator and assigns called under special conditions and their implications for the jurisprudence of the Constitutional Court of Colombia.

INTRODUCCIÓN

Se ha afirmado, con razón, a nuestro juicio, que existe una revitalización del derecho constitucional colombiano a partir de la Constitución Política de 1991 de la cual los ciudadanos se han apropiado a través, especialmente, del ejercicio de las acciones públicas de tutela⁵⁰ y de inexequibilidad⁵¹; y, dentro de ese contexto cobra mayor relevancia la postura antropocéntrica del texto superior y una reclamación sin precedentes de los derechos fundamentales principalmente vía acción de tutela.

En ese contexto de desarrollo constitucional nos encontramos con el Código Civil, venerable texto ya centenario cuya textura pugna, en no pocas oportunidades, con la doctrina de la Corte Constitucional sentada con ocasión de la interpretación de los preceptos

constitucionales y de normas de derecho público internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la oportuna ratificación y conformidad de los Tratados y Convenios Internacionales.

Se pretende en este documento exponer, en primer lugar, la institución de la sucesión por causa de muerte y la disposición del patrimonio de una persona difunta, *de cuius*⁵² haciendo una semblanza muy breve de esa forma de transmisión del patrimonio de las personas en los términos consagrados en el Libro Tercero del Código Civil y las formas admitidas por la legislación para la disposición y distribución de dicho patrimonio haciendo énfasis especialmente en las asignaciones testamentarias condicionales y más precisamente respecto de determinadas condiciones especiales. Luego de dicha exposición se hará un *excursus* en el tratamiento que se hace por parte de la doctrina nacional del derecho a la libre autodeterminación y la tensión que entre este derecho fundamental puede presentarse al examinar las condiciones especiales que pueden limitar de una parte el ejercicio del mencionado derecho fundamental y que, de la otra, permiten su

⁵⁰ C.P., art. 86, decreto 2591 de 1991

⁵¹ C.P., art. 40

⁵² *Is de cuius successione agitur, aequal de cuius successione se trata*

plena realización en los causantes testadores, para lo cual se examinarán de manera puntual algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana para arribar a una conclusión que permita, a la luz de dicha jurisprudencia, armonizar la eventual tensión que comporta la libertad de autodeterminación del causante frente al derecho *idem* de sus causahabientes llamados bajo esa condición especial.

La sucesión por causa de muerte y su naturaleza jurídica

El concepto de sucesión tiene varias acepciones (Suárez, 2007), la entrada continuación de una persona o cosa en lugar de otra, como ocurre, por ejemplo, con la subrogación real en materia de sociedades conyugales⁵³, o la sustitución personal en un negocio jurídico como un contrato de compraventa o una donación; También se considera el concepto como la descendencia o procedencia de un progenitor; o la prole, descendencia directa o forzosa; o como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario; o la entrada como heredero o legatario en la posesión de los bienes de un difunto. Se acoge el concepto de sucesor por quien

entra en los derechos de una persona que le antecede, siendo universal quien sucede en todos los bienes transmisibles –el heredero–, y de otra parte el sucesor particular que sucede o sustituye a otro en alguna cosa determinada- legatario (Suárez, 2007).

La definición legal es conforme en decir que la sucesión por causa de muerte es uno modo de adquirir el dominio mediante el cual todo el patrimonio de una persona natural, causante se transmite a otro que se llama causahabiente, con motivo de la muerte de la primera.

La sucesión hereditaria ha asumido una connotada importancia desde el punto de vista jurídico patrimonial y se comprende, hoy día, vulgarmente como sucesión de bienes según el concepto de un importante doctrinante (Binder, 2006) quien sin embargo, él mismo señala que el objeto de la sucesión es mucho más amplia, una situación jurídica de la cual el derecho a la herencia es sólo la parte más importante (Binder, 2006).

En un momento de la historia jurídica del país se consideraba a la sucesión como un ente ficticio, con capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, y por supuesto con la posibilidad legal de ser representación judicial o

⁵³ Código Civil artículos 1789 y 1790

extrajudicialmente. Sin embargo, la propia jurisprudencia encontró que aunque adopte cierta noción de universalidad jurídica sin llegar a ser considerada persona (Moreno J., 1938) pero dejando en claro que aunque puede comparecer en juicio por activa o por pasiva carece de personalidad jurídica.

La sucesión intestada o *ab intestato*

Como atrás se indicó y lo consagra el ordenamiento jurídico colombiano, los bienes de una persona fallecida pasan a sus causahabientes por razón de una memoria testamentaria o por ministerio de la ley. Pero la ley tiene un carácter supletorio o subsidiario en cuanto que el individuo causante haya guardado silencio sobre la particular distribución de sus bienes (Velez); la jurisprudencia nacional ha señalado que la fuente teórica de la transmisión de bienes responde a que *“son tres las líneas de argumentación que ha adoptado la tradición jurídica. Una recoge las tendencias individualistas que hayan sustento en los derechos del de cuius a la propiedad y la autonomía de la voluntad; según esa línea de pensamiento, se debe permitir al causante resolver el problema a través de a libre disposición de sus bienes, mediante el acto jurídico solemne de otorgar testamento. Otra, de*

*corte socialista, busca que los bienes regresen a la sociedad, por ser ella quien concede los derechos de propiedad...la última línea de argumentación considera que se ha de proteger a la institución de la familia, al considerarla el núcleo básico de la sociedad; en consecuencia se afirma que es la ley la que ha de determinar qué familiares, en qué proporción y en qué orden, han de heredar...”*⁵⁴ De acuerdo con la argumentación expuesta por el Tribunal Constitucional nuestro el sustrato teórico de la sucesión intestada es la protección de la familia como núcleo esencial de la sociedad, de allí que la propia ley consagre que sean principalmente consanguíneos suyos los llamados a recoger su patrimonio⁵⁵ aunque cabe indicar que si se asume la postura *jus teórica* en cuestión habríamos de decir que en nuestro país existe una mixtura que conjuga la opción individualista y la que podríamos llamar familiar o institucional.

En la sucesión intestada la ley supone los afectos presuntos del causante, de los cuales deduce la voluntad ficta del propietario del patrimonio para distribuir entre aquellos consanguíneos o familiares cercanos el llamamiento (Velez). De allí que sean los descendientes, ascendientes

⁵⁴ Corte Constitucional Sentencia C-660 de 1996 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1349

⁵⁵ Código Civil Colombiano, artículo 1045 y siguientes

y colaterales los herederos del difunto, entre ellos también se cuenta al cónyuge *supérstite* aunque no es pariente se supone que entre el marido y su mujer se profesan cariño sincero (Velez).

La doctrina señala que cronológicamente es primero la sucesión intestada que la testamentaria (Carrizosa, 1941) lo que no quiere decir que la una sea más importante que la otra sino más bien que se complementan y que la primera apareció como una consecuencia de la organización de la familia, porque en un principio la familia y la propiedad eran uno solo (Carrizosa, 1941). Posteriormente con el progreso de la humanidad se llegó al reconocimiento de la individualidad de la persona natural y apareció el testamento.

Sucesión testamentaria

El testamento hoy día carece hoy de la trascendencia que otrora tenía aunque su relevancia desde el punto de vista patrimonial se conserva. Por medio de este acto jurídico quien lo otorga distribuye los bienes, los grava, deshereda, designa albacea, reconoce hijos extramatrimoniales, y también instituye asignatarios, herederos y legatarios, así como puede afectar sus respectivas

asignaciones con las modalidades que considere procedentes (Ramirez, 2003). No se controvierte que la sucesión testamentaria pierde importancia día a día, motivado según algunos por la intervención del estado mediante el establecimiento de asignaciones forzosas (Suárez, 2007)

Aunque de esta manera se privilegie el individualismo en la distribución de los bienes del propietario hay normas jurídicas que imponen una limitación a la potestad de disponer de los bienes cuyo objeto es la salvaguarda o protección de las legítimas y también de las mejoras. Se trata sin duda de una restricción de la libertad de la persona para disponer de su patrimonio (Tamayo, 2008). Hay una parte de los bienes del causante que están reservados para determinadas personas llamadas legitimarios que el testador no puede desconocer. Es importante destacar que esta restricción funciona tanto en la sucesión intestada como en la testada (Tamayo, 2008).

Dice la doctrina que la validez del testamento exige el concurso de unas determinadas condiciones: (i) la capacidad del testador; (ii) la observación de las formas prescritas; (iii) y la institución de asignatario (Serafini).

Las asignaciones sometidas a modalidades

La regla general es que toda asignación testamentaria suele ser pura y simple de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil⁵⁶ por virtud de la delación.

Lo anterior tiene que ver precisamente con los derechos derivados del de herencia que como atrás se dijo no son solamente de contenido económico sino con la condición personal de continuador de la persona del causante y que signifique que como tal deba soportar el asignatario heredero, por ejemplo, resistir las pretensiones que en juicio hubieren podido ser promovidas frente a su *auctor*.

No obstante ese principio general de delación inmediata de los llamamientos mortis causa, el Código Civil estructuró de manera expresa en los capítulos II, III y IV del Título IV del Libro Tercero las sucesiones testamentarias condicionales, las a día y las simplemente modales.

Como de lo que se trata del presente escrito es la referencia a las asignaciones

⁵⁶ Código Civil. Artículo 1013. *La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla. La herencia o legado se defiende al heredero en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el heredero o legatario no es llamado condicionalmente; o en el momento de cumplirse la condición, si el llamamiento es condicional.*

testamentarias condicionales nuestro comentario se referirá específicamente a este tipo de disposiciones del testafaciente.

Con ese propósito resulta ilustrativo señalar que respecto de ellas no son solo aplicables las normas pertinentes en materia de sucesiones⁵⁷ sino también las que refieren las obligaciones condicionales según lo previene la parte final del artículo 1128 del Código Civil.

La asignación es condicional porque siendo la esencia de la condición un evento futuro e incierto, ese evento debe estar previsto o mejor, establecido en la cláusula testamentaria. Es decir, que la efectividad de la asignación testamentaria está sometida a la condición; de tal manera que según las intenciones del testador valga la asignación si el suceso positivo acaece o que no suceda⁵⁸ (Suárez, 2007).

Entonces son notas características de la condición: futuridad e incertidumbre del suceso o acontecimiento que señala la asignación modal. Esa incertidumbre hace que el suceso pueda o no ocurrir. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el

⁵⁷ Las del Capítulo II del Título IV del Libro Tercero del Código Civil

⁵⁸ Código Civil artículo 1128

significado de evento es el hecho que puede acaecer; dicha incertidumbre reclama que sea objetiva, que sea perceptiva para todos –principalmente- y no solo para el declarante de la voluntad que es el testador.

Las condiciones pueden ser suspensivas o resolutorias. La primera implica que la asignación testamentaria plantea la idea de una situación en suspenso, es decir la existencia del derecho por parte del asignatario se posterga (Tamayo, 2008) por lo que la asignación, herencia o legado, también se pospone.

Con la incertidumbre que crea la asignación el derecho del asignatario es más bien eventual, puede ser o no ser. En el caso dado de la asignación condicional la delación de ella se produce con el cumplimiento del hecho sustrato de la condición. Pero el cumplimiento de la condición suspensiva implica un hecho significativo, que el asignatario deba estar vivo en el momento de su cumplimiento. De ahí que se afirme que el derecho eventual –la asignación testamentaria bajo condición suspensiva- no sea transmisible (Tamayo, 2008) y tal eventualidad está expresamente señalada en la ley⁵⁹, lo que

concuera perfectamente con la preceptiva del artículo 1019 del Código Civil que exige para ser asignatario que este exista al momento de la apertura de la sucesión y al producirse la delación.

Dijimos arriba que otro tipo de condición es la resolutoria. En este evento también hay un espacio de incertidumbre que conduce a esperar que el evento o acontecimiento puesto como condición se cumpla o falle. En esta especie de condición la asignación testamentaria y más que ella el derecho del asignatario existe inmediatamente se da la apertura de la sucesión y se produce el llamamiento como si la asignación fuera pura y simple a la muerte del causante. Solo que este derecho está amenazado y el asignatario –heredero o legatario- lo perderá de cumplirse el evento que consagra la condición resolutoria.

Las condiciones especiales

Condición de no impugnar el testamento. Es decir mediante esta cláusula el testador instituye asignatario –heredero o legatario- bajo la condición de que no promueva juicio alguno frente a la aptitud legal de su última voluntad. Con tino advierte la ley que esa limitación puede imponerla el

⁵⁹ Código Civil, artículo 1136, inciso 2º, “Si el asignatario muere antes de cumplirse la condición, no transmite derecho alguno”

testador⁶⁰ solo cuando se trate de impugnación por vicios de fondo (insanidad mental del testador, incapacidad por edad, vicios en el consentimiento) más no cuando se trate de defectos de forma pues como se afirma por la doctrina los requisitos de forma de los testamentos son de orden público y por consiguiente no se pueden limitar por la voluntad de las partes (Suárez, 2007).

Condición de no casarse. Con las sucesivas reformas que la norma del artículo 1132 del Código Civil⁶¹ en cuanto a la condición impuesta al asignatario de no contraer matrimonio debe considerarse que dicha condición limita al asignatario la posibilidad de casarse antes de cumplir 18 años de edad⁶². Dicho contenido normativo debe armonizarse con el artículo 1136 que consagra la validez de casarse o no casarse con determinada persona. No empece ahora recordar que estas condiciones y las que se van a reseñar ahora solo tienen efectividad sobre aquellas instituciones testamentarias que no se refieran a asignaciones forzosas sino a la parte de los bienes en que el causante tenga la libre disposición de ellos. Por lo

tanto, no se podrá imponer condiciones especiales a lo que corresponda por legítimas o por porción conyugal.

Condición de permanecer en la viudedad. La condición de permanecer en este estado en principio no vale según los términos del artículo 1133⁶³. Sin embargo, la misma disposición se encarga de consagrar la excepción a la regla general referida a que sí es válida la condición cuando el asignatario condicional beneficiado con la herencia o el legado, tenga hijos que estén bajo patria potestad de su matrimonio anterior disuelto por la muerte de su cónyuge al deferírsele la asignación. Por inferencia de la doctrina se ha entendido que el causante en vida cónyuge de su asignatario (a) es quien impone dicha asignación condicional y se cita el fundamento de los celos póstumos - *jaolusie posthume*- (Suárez, 2007) En el derecho comparado, por ejemplo en la legislación española parece que el fundamento es el acabado de explicar (Serrano, 2005) según se aprecia en su Código Civil y en alguna legislación foral⁶⁴.

⁶³ "Se tendrá, así mismo, por no puesta la condición de permanecer en estado de viudedad; a menos que el asignatario tenga uno o más hijos del anterior matrimonio, al tiempo de deferírsele la asignación."

⁶⁴ Código Civil, artículo 793 "La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este..." Compilación de Navarra, ley 265. Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de Aragón, art. 161. Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho Civil de Cataluña, aprobado por ley 40/1991, de 30 de diciembre, de Cataluña, art. 159.

⁶⁰ Código Civil artículo

⁶¹ Ley 95 de 1890, art. 12 y decreto 2820 de 1974, art. 20

⁶² El texto de la norma es el siguiente: "la condición impuesta al heredero o legatario de no contraer matrimonio se tendrá por no escrita, salvo que se limite a no contraerlo antes de la edad de veintidós años o menos, o con determinada persona"

*Condición de abrazar un estado o una profesión cualquiera*⁶⁵. La norma en cita contempla dos tipos de condiciones: la que se refiere a abrazar un estado determinado, que no puede ser otro que el religioso por cuanto lo relacionado con el estado civil de casado, viudo o soltero está reglamentado conforme se expuso antes. De tal manera que también es admisible aquella condición en la que el testador somete la asignación a la condición de que el asignatario adquiera su título por ejemplo de abogado o la de que abrace determinado estado religioso.

Condición de no enajenar. No es admisible si se pone de manera escueta e ilimitada pues pugna por ejemplo con los derechos derivados de la prescripción adquisitiva de dominio de tal manera que se espera que una cláusula de esta naturaleza tenga una limitación máxima de diez años (Suárez, 2007).

La libre autodeterminación

La libertad es principio fundamental de cualquier sociedad organizada desde el punto de vista político y religioso (Bernal, 2005). Resulta basilar reconocer a todo individuo un ámbito de libertad que le sea congénito por ser parte del género

humano y que sea reconocido como barrera frente a las intervenciones ilegítimas de las demás personas y del Estado. Ese ámbito de libertad está reconocido positivamente por la Constitución Política como derecho fundamental que estructuran la libertad en libertades específicas de asociación, expresión, cultos, etc.

La norma del artículo 16 superior⁶⁶ fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución Política de 1991 (Cepeda, 1992), también conocido como derecho a la autonomía personal permite la libertad individual para tomar decisiones que le conciernen y afectan el desarrollo de sí mismo. Se trata de un derecho de carácter omnicomprensivo develado en los matices arriba señalados que además permite proteger no solo aquellas libertades expresamente consagradas sino también las que no han sido garantizadas en forma específica de forma tal que el individuo goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones, ni presiones, las decisiones que estime conducentes para construir su proyecto de vida.

⁶⁵ Código Civil, artículo 1135. "*La condición de abrazar un estado o profesión cualquiera, permitida por las leyes, aunque sea incompatible con el estado de matrimonio, valdrán*"

⁶⁶ Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico

El derecho a la libre autodeterminación no es absoluto como los demás derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política uno de los límites es el respeto de los derechos de los demás, los que la misma constitución reconoce a otras personas. Estas limitaciones se afirma no buscan establecer una jerarquía, sino determinar el ámbito del ejercicio de una libertad (Cepeda, 1992) El propósito de la limitación es desterrar el ejercicio abusivo del derecho de la libertad de tal manera que so pretexto del ejercicio de este derecho no se cause un daño a los demás. No hay que desconocer que implicaría desconocer un elemento de la esencia del derecho a la autonomía personal, puesto que el libre desarrollo e la personalidad abarca la posibilidad de ser y de obrar en forma diferente a como lo hace el promedio de la comunidad, así esto genere críticas de parte de los demás (Cepeda, 1992). Es preciso sopesar en situaciones concretas los alcances del derecho a la autonomía personal.

Le ha correspondido a la Corte Constitucional pronunciarse sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad o autonomía personal. El ejercicio concreto de este derecho exige un presupuesto básico: que la persona cuente con la aptitud síquica, volitiva y cognitiva

para auto determinarse (López, 2006). Una primera decisión de la Corte⁶⁷ se afirmó que el concepto de autonomía de la persona natural en el transcurso de las etapas de la vida, y que lo llevará a tomar un camino como sujeto individual y como sujeto que pertenece a una comunidad específica.

Por el principio de la autonomía la persona capaz tiene la facultad constitucional de tomar, sin ninguna interferencia, decisiones que ayuden a no para su desarrollo en la vida. (López, 2006). Como lo afirma la Corte⁶⁸ la autonomía personal comprende toda decisión que incida en la evolución de las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio suficientes para tomarla. Escoger estudios, integrar una familia, inclinaciones religiosas, políticas, culturales, sexuales, familiares y profesionales, son parte del desarrollo de la personalidad; como son procesos que la determinan, es la persona la única que tiene el derecho a decidir. Se trata de un derecho que irradia a todos los demás derechos contenidos en la Constitución Política, en la medida en que otorga mayor fuerza a su contenido.

⁶⁷ Sentencia T-542 de 1992 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero
⁶⁸ *ibidem*

Ya dijimos arriba que uno de los límites del ejercicio del derecho a la libre autodeterminación son los derechos de los demás pero la limitación a dicho derecho debe ser legítima y no arbitraria, es decir se requiere que goce de un fundamento jurídico constitucional no es suficiente que el derecho de otras personas o la facultad de la autoridad se basen en normas jurídicas válidas, sino que se necesita una valoración ponderativa que respete la jerarquía constitucional del derecho fundamental en mención, por lo que simples invocaciones del interés general, de los deberes sociales o de los derechos ajenos de rango legal, no son suficientes para limitar el alcance de este derecho (López, 2006). Así lo reitero la Corte cuando afirmó que *“el legislador no puede válidamente establecer más limitaciones que aquellas que estén en armonía con el espíritu de la Constitución”*⁶⁹

La libertad de disposición del propietario de unos bienes para después de sus días descansa sobre la resolución de interrogantes tales como ¿qué va a pasar con los bienes después de su muerte? ¿Quién se va a quedar con ellos? Si recordamos arriba señalamos que la tradición jurídica nuestra ha adoptado

una postura ecléctica en el sentido de admitir una vertiente individualista y otra de carácter institucional –familiar–

Cuando una persona dispone de sus bienes está ejerciendo básicamente uno de los elementos de los que está provisto el derecho de propiedad⁷⁰, de una parte; y, de la otra, la autonomía de su voluntad y si bien se ha hecho referencia al artículo 16 de la Constitución Política, específicamente ella no consagra la autonomía privada de la voluntad, se deduce su plexo del contenido de los artículos 13 y 16 de la misma Carta, que sirven de sustento para reconocer el libre obrar de las personas.

En materia sucesoral o hereditaria esa libertad autonómica de la persona natural se manifiesta a través del testamento, un acto jurídico unilateral solemne, mediante el cual se determina la forma en que han de repartirse sus bienes luego de morir.

CONCLUSIÓN

Cuando se trata de la aplicación de la libre autonomía de la voluntad del testador hay determinadas asignaciones que no pueden ser afectadas, por ejemplo las

⁶⁹ Sentencia C.-221 del 5 de mayo de 1994 M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz

⁷⁰ C.P. art 58

asignaciones forzosas, acá se presenta legítimamente un límite impuesto por el ordenamiento jurídico a la libertad de disposición, a la libre autodeterminación del testador. Lo que permite que el testador no encuentre límite a la libre autodeterminación en las demás asignaciones que la ley consagra específicamente la parte de los bienes que la ley dispone para mejorar a un descendientes y la que corresponde a la parte de libre disposición.

Y además de dichos límites consagrados la legislación civil, específicamente el Código Civil acepta otros, el orden público y las buenas costumbres, como talanqueras a la libre autodeterminación o al libre desarrollo de la personalidad.

Las libertades que tienen que ver con la opción de adoptar un estado civil o una actividad profesional determinada no se ven menoscabadas por las disposiciones que en el código civil afectan dichas libertades del asignatario condicional pues éste no está forzado, obligado o constreñido a actuar como lo dispone el testafacient en su memoria, siempre cuenta con dos opciones, aceptar o repudiar la asignación. Se trata apenas de una insinuación por parte de aquel para obrar de determinada forma.

La limitación que obra en cabeza del asignatario condicional es en realidad una propia limitación por parte de este quien elige entre optar por restringir o no su propia libertad.

Bibliografía

Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Binder, J. (2006). *Derecho de sucesiones*. Bogotá: Leyer.

Cardona, Guillermo (2000). *Tratado de sucesiones*. Medellín: Señal editora.

Carrizosa, H. (1941). *Las sucesiones*. Bogotá: Librería voluntad S.A.

Cepeda, M. J. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Temis.

Ferrero, Augusto (2002). *Tratado de derecho de sucesiones*. Lima: Grijley

Forero, José (1994). *Los derechos fundamentales y su desarrollo jurisprudencial*. Bogotá: Ediciones Editextos J.U.

López, C. (2006). *Acciones a propio riesgo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Lopez M., Diego (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis- Universidad de Los Andes.

Moreno J., M. (1938). *Estudios jurídicos*. Medellín: Tipografía industrial.

Ramirez, R. (2003). *Sucesiones*. Bogotá: Temis.

Serafini, F. *Instituciones de derecho romano*. Madrid: Espasa Calpe.

Serrano, E. (2005). *Manual de derecho de sucesiones*. Madrid: Edisofer sl.

Suárez, R. (2007). *Derecho de sucesiones*. Bogotá: Temis.

Tamayo, A. (2008). *Manual de las sucesiones*. Bogotá : Ediciones doctrina y ley ltda.

Velez, F. *Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo IV*. Paris: Imprenta París- América.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional
Sentencias T- 221 de 1994, T-542 de 1992, C-660 de 1996, C811 de 2007, C-008 de 2010, C-1264 de 200



MODIFICACION DE LA MULTA COMO ACOMPAÑANTE DE LA

PENA DE PRISION EN COLOMBIA

de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Por: Marling Yusselly Moreno C.

Yant Karlo Moreno Cárdenas

Resumen

La multa en el sistema penal colombiano se constituye como una sanción cuya culminación es en dinero y se impone su cancelación por el Estado al ciudadano en virtud a una sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada.

La multa en materia penal puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa o como acompañante de la pena de prisión, las cuales serán objeto de estudio en este trabajo puesto que al observar detenidamente los tipos penales se encuentran consagradas multas exorbitantes que muchas veces no son pagadas voluntariamente por los condenados y mucho menos recuperadas por el Estado a través del cobro coactivo ejercido por el Consejo Superior de la Judicatura, por la Dirección Nacional de Estupefacientes o ejecutada por los Jueces

Se tratará pues de definir la naturaleza de la multa, sus clases y de establecer la forma adecuada de la imposición de la misma sea cual fuere su denominación, teniendo en cuenta la capacidad económica de las personas, pues la misma quedaría en el papel en el evento de multas excesivamente altas, ya que si se imponen penas de multas accesibles a los condenados, éstos podrían cancelarlas con el fin de acceder a beneficios que otorga la ley, como por ejemplo la libertad condicional, sustituto de la pena de prisión en la modalidad de vigilancia electrónica, así como también se podría recaudar más dinero para el erario público y habría celeridad en los procesos de cobro coactivo.

También se hará un breve estudio sobre el monto de las multas que la Dirección Nacional de Estupefacientes no ha cobrado, así como también las Direcciones

Ejecutivas de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura.

Por otra parte, se hará una recomendación para que la multa como acompañante de la pena de prisión pueda reducirse, como se dijo anteriormente, para el beneficio del Estado y de los condenados.

1. De la multa:

La multa en materia penal se establece como una sanción cuya materialización es en dinero y se impone su pago por el Estado al ciudadano en virtud a una sentencia condenatoria; por ello se ha dicho que en principio esta sanción no atiende a la capacidad económica del condenado y tampoco puede ser tenida en cuenta como una deuda de carácter civil en donde predomina la voluntad de las partes y la celebración de un negocio jurídico.

La Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 2005 ha sostenido que *“la multa es una manifestación de la potestad punitiva del Estado que refleja el monopolio del poder coercitivo y el reproche social de la conducta de quien quebranta el orden público.”*⁷¹ De igual forma ha dicho que la multa *“constituye, por regla general,*

*una sanción pecuniaria impuesta al particular como consecuencia de una conducta punible o por el incumplimiento de un deber y, como toda sanción, sus elementos esenciales deben estar determinados en una ley previa a la comisión del hecho de que se trate, incluyendo la cuantía y el respectivo reajuste”*⁷², por lo cual la competencia para definir sus elementos estructurales, las condiciones para su imposición y la cuantía es del Estado.

La pena de multa, teniendo en cuenta su naturaleza sancionatoria, se ha entendido que aquella no configura una deuda en la forma en que lo son los créditos civiles. El origen de la multa es el comportamiento delictual de la persona, no su capacidad transaccional, y su finalidad es la represión de la conducta reprochable.

La multa no es apta de modificarse o extinguirse por muchas de las formas en que lo hacen los créditos civiles, no siendo susceptible de conciliación, no puede compensarse y, mucho menos, puede extinguirse mediante el fenómeno de la confusión.

⁷¹ C-194 de 2005 del dos (2) de marzo de dos mil cinco (2005), Corte Constitucional, Mag. Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁷² C-390 de 2002 del veintidós (22) de mayo de dos mil dos (2002), Corte Constitucional, Mag. Ponente Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

Para la jurisprudencia ha sido claro que el carácter crediticio de la multa no la convierte en una deuda.

Así lo consideró la H. Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 2005, en la que dijo “Y tan cierto es que la multa no es una deuda que la Corte Constitucional, al definir el alcance del artículo 28 de la Constitución Política, ha señalado que cuando la Carta prescribe que *“en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas”*, aquella lo hace en relación con los créditos civiles y no con los que dimanen de la conducta delictiva del individuo, por lo cual es perfectamente posible que la multa se convierta en arresto o, lo que es lo mismo, que el derecho a la libertad personal se vea condicionado por el cumplimiento de la obligación dineraria constitutiva de multa.”

1.1 Clases de multas:

Según el artículo 35 del Código Penal⁷³, la multa es una pena principal que consiste en la imposición de una carga pecuniaria al responsable del delito a favor del tesoro público. Por otra parte, según el numeral 1º del artículo 39 del mismo Código Penal,

⁷³ CÓDIGO PENAL. Artículo 35. PENAS PRINCIPALES. Son penas principales la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial.

la multa no sólo puede aparecer como única pena principal, sino como pena acompañante de la pena de prisión⁷⁴.

Indica lo anterior que existen dos clases de multas: las que se imponen como acompañante a la pena de prisión, y la que se impone como única sanción principal, denominada modalidad progresiva de unidad de multa.

Cuando la multa aparece como pena acompañante de la de prisión, cada tipo penal consagrará su monto que no podrá ser superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la multa aparece como pena principal, el numeral segundo del artículo 39 referido establece que la unidad de multa puede ir de un primero hasta un tercer grado, dependiendo de la capacidad económica del condenado.

⁷⁴ CÓDIGO PENAL. Artículo 39. LA MULTA. La pena de multa se sujetará a las siguientes reglas.

1. Clases de multa. La multa puede aparecer como acompañante de la pena de prisión, y en tal caso, cada tipo penal consagrará su monto, que nunca será superior a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Igualmente puede aparecer en la modalidad progresiva de unidad multa, caso en el cual el respectivo tipo penal sólo hará mención a ella.

Por su parte, el numeral tercero de la misma norma, hace hincapié a la determinación de la cuantía de la multa, sin hacer referencia a cuál de las dos clases de multa, debiéndose entender que es para ambas, la cual deberá hacerse en forma motivada por el juez teniendo en cuenta el daño causado por la infracción, la intensidad de la culpabilidad, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo y su situación económica deducida de sus ingresos y de su patrimonio, entre otros factores.

En el numeral quinto (Art. 39 ley 599 de 2000), se dispone que la multa deberá pagarse de manera integral una vez quede ejecutoriada la sentencia a menos que se acuda a alguno de los mecanismos sustitutivos que se desarrollan en los numerales siguientes.

Es así, como en el numeral sexto trata de la amortización a plazos por cuotas dentro de un término no superior a dos (2) años y cuyo número no puede excederse de veinticuatro (24), con periodos de pagos no inferior a un mes, entendiéndose que la amortización puede concederse para las dos clases de multa.

De la amortización mediante trabajo, contenida en el numeral séptimo en asuntos de inequívoca naturaleza e interés

estatal o social, establecen una tabla de conversión, pero sólo para la unidad de multa, por lo que no se puede amortizar mediante trabajo la multa como acompañante de la pena de prisión, por cuanto se reitera no existen equivalencias para el valor de los salarios mínimos a los cuales la persona fue condenada.

Por último, en el artículo 40 ibídem encontramos la conversión de la multa en arrestos progresivos, observando nuevamente que el legislador hizo referencia a la modalidad progresiva de la unidad de multa, por lo que no puede aplicarse a la multa como acompañante de la pena de prisión.

La Honorable Corte Constitucional en la última sentencia que hizo referencia al estudio de la multa para acceder al sustituto de la pena de prisión consistente en la vigilancia electrónica contenida en el artículo 68A del Código Penal, estudió la determinación de la multa en sus dos clases, afirmando que:

“En efecto, cuando se trata de unidades de multa, es decir cuando la multa aparece como única pena principal, la consideración de la situación económica particular del condenado (num. 3º art 39 C. Penal) para graduar su monto de acuerdo a la tabla de equivalencias de las unidades de multa (num. 2º art 39 C. Penal) permite atender de

mejor manera la condición individual del condenado. Esto en tanto el juez efectivamente tiene la competencia de imponer, como límite mínimo, una unidad de multa que equivale a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. El cual a su vez, no sólo puede pagarse a plazos sino que además puede amortizarse mediante trabajo, en consideración a que el numeral 6° del artículo 39 del Código Penal dispone que “una unidad de multa equivale a quince (15) días de trabajo”.

Mientras que en el caso de la multa como pena acompañante de la pena de prisión, el mínimo límite de la multa lo establece el respectivo tipo penal; además de que dichos mínimos oscilan mayormente entre 5 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Ello quiere decir que en estos casos el juez no tiene la misma posibilidad de atender realmente la situación particular del condenado pues la norma le impone un mínimo que debe respetar. Si un tipo penal establece que la multa acompañante de la pena privativa de la libertad se establece entre 15 y 100 salarios mínimos, el Juez se verá siempre compelido a imponer una multa equivalente a 15 o más salarios mínimos, así el análisis de la situación económica del condenado arroje como resultado que éste sólo podría pagar un (1) salario de multa.”

Para la corte es claro que la multa como acompañante de la pena de prisión debe imponerse de acuerdo a los límites mínimos y máximos establecidos en cada

tipo penal, pues proceder en forma contraria implica un desconocimiento de la cláusula de reserva legal, conforme a la cual es al legislador al que compete establecer las conductas que configuran delito, determinar de manera precisa sus consecuencias y la intensidad de estas, en la más clásica manifestación del principio de legalidad.

2. De las multas impuestas a favor del Estado

2.1 Multas por delitos relacionados con el narcotráfico:

En reciente informe, la Contraloría General de la República denunció que 5 billones de pesos habrían dejado de cobrar la Dirección Nacional de Estupefacientes por concepto de multas a personas dedicadas al narcotráfico por presunta negligencia, entidad ésta que a partir de la creación de la Ley 30 de 1986 es la encargada de recaudar las multas impuestas en sentencias condenatorias por los delitos de narcotráfico.

Efectivamente la información dada por la Contraloría General de la República resulta ser verídica ya que en el Balance General Consolidado del cuarto trimestre del año 2010 aparece registrado como

activo corriente en el código 14 deudores por el valor de \$5.205.327.908.⁷⁵

La misma Dirección Nacional de Estupefacientes en su informe de gestión y resultados del cuatrienio de los años 2007 a 2010 aclaró que el incremento representativo de la utilidad en los estados financieros al corte del 31 de diciembre de 2007 se reflejó debido a que la cartera por concepto de multas por la Ley 30 de 1986, a pesar de ser irrecuperables no se provisionan contablemente por corresponder a un ingreso no tributario.⁷⁶

Indica lo anterior que hay más de 5 billones de pesos por recaudar debido a la negligencia, falta de personal o mejor aún, son multas exorbitantes que muchas veces son imposibles de pagar.

2.2. Multas a favor del Tesoro Nacional.

El Consejo Superior de la Judicatura reportó el Balance General de sus cuentas al 31 de diciembre de 2009⁷⁷, en ella en el ítem de cuentas deudoras se encuentra bajo el código 81 los derechos contingentes, las cuales hace referencia a

⁷⁵

<http://www.dne.gov.co/index.php?idcategoria=11926&download=Y>

⁷⁶

<http://www.dne.gov.co/index.php?idcategoria=11291&download=Y>

⁷⁷

http://www.ramajudicial.gov.co/csj/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=929&id_categoria=371

las multas y sanciones ascendiendo a una suma de \$12.629.218.660.

Por otra parte, en el presente trabajo tenemos un artículo publicado en el diario el tiempo de Colombia, en el que el Consejo Superior de la Judicatura de Villavicencio reporta \$467.354 millones en multas no cobradas a diciembre de 2009, de las cuales solo ha podido recuperar \$19' 234.483.

Una de las razones dadas por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura es que se tratan de multas incobrables debido a su cuantía y también porque el 80% de la población carcelaria del país es pobre.⁷⁸

Con la expedición de la Ley 890 de 2004, hubo un incremento en las penas en la mayoría de los delitos de alto impacto y como consecuencia de ello, también aumentaron las multas como acompañantes de la pena de prisión. De igual forma, el artículo 5° de la citada Ley señaló como uno de los requisitos para acceder al beneficio de la libertad condicional, el pago total de la multa.

La experiencia en los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, indica que muchas personas

⁷⁸ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7457908>

no pueden acceder al beneficio indicado o a otros, por el valor a los que ascienden las multas impuestas por los Juzgados de Conocimiento que no pueden ser modificadas una vez la sentencia quede ejecutoriada, salvo que surja en el ordenamiento jurídico otra ley más favorable a los intereses de los condenados.

Lo que ha hecho es congestionar en los despachos judiciales con solicitudes de exoneración del pago de la multa, amortización mediante trabajo e incluso hacen propuestas de consignar módicas sumas de dinero acorde con su situación económica.

De igual forma, las multas impuestas por los Juzgados de Conocimiento no pueden ser reformadas o modificadas por los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

La honorable Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 5 de la Ley 890 de 2004, se refirió sobre la modificación por parte de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la multa, en los siguientes términos:

“Es más, como garantía de los derechos del condenado y respeto por el principio de seguridad jurídica, el

juez de ejecución de penas y medidas de seguridad no puede modificar la modalidad del pago de la multa ni tasar en suma distinta el monto que haya definido el juez de conocimiento. Ello permite asegurar que, incluso en la etapa siguiente al cumplimiento de la condena, el sancionado tiene la seguridad de que sólo está obligado a cumplir, en las condiciones en que se lo establece la sentencia condenatoria, la multa que le ha impuesto el juez de conocimiento.”⁷⁹

2.3 Cobro de la multa, según la Ley 1285 de 2009.

La Ley Estatutaria 1285 de 2009, en el párrafo del artículo 20, otorgó la facultad al Juez de la causa para que iniciara un trámite incidental para ejecutar la multa o la caución impuesta dentro del mismo proceso.

Para la Corte Suprema de Justicia, dicha norma hace referencia a aquellas que se imponen dentro del proceso en ejercicio de las potestades disciplinarias que tiene el juez, en el entendido que ese fue el tema de reforma y no la competencia de los jueces penales.

⁷⁹ Sentencia C – 194 de 2005 del 2 de marzo de 2005, Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Entendió la Corte, que la competencia para la ejecución de la multa correspondía a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, exponiendo lo siguiente:

“Teniendo en cuenta, como lo indicó la Sala en el auto del 23 de septiembre reciente, que la Corte, una vez ejecutoriada la decisión de única instancia, carece de competencia para dirigir lo relativo a la ejecución de la pena, se impone necesario remitir al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad el proceso que concluyó con la imposición de la pena contra el ex Gobernador, funcionario que a su vez, si el condenado se sustrae al pago integral o a plazos de la multa, debe decidir en su fuero si es procedente remitir lo correspondiente para su recaudo a los jueces de ejecuciones fiscales (artículos 39,40 y 41 de la ley 600 de 2000).”⁸⁰

Por otra parte, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en circular DEAJC11-64 de fecha 14 de junio de 2011, informó a las Salas Administrativas de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados y Jueces de los

despachos judiciales abogados ejecutores de las oficinas de cobro coactivo y directores seccionales, lo que a continuación se transcribe:

“Considero importante informarles sobre el impacto favorable del parágrafo del art. 20 de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se facultó al Juez de la causa para tramitar mediante incidente el recaudo del Fondo Especial de Multas, en el sentido de evidenciarse un incremento significativo del recaudo durante la vigencia de 2010, como se muestra el cuadro adjunto:

FONDO ESPECIAL	2009	2010
MULTAS Y CAUCIONES EFECTIVAS	2.478.333.82,85	4.378.962.028,42

Según la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, hubo un incremento significativo en el recaudo de las multas y cauciones, pero hacen referencia a las multas impuestas en ejercicio de las potestades disciplinarias que tiene el juez.

Surge entonces el interrogante a plantear ¿Si se modifica la multa como

⁸⁰ Proceso N.º 32672, veintiocho de enero de dos mil diez, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL.

acompañante de la pena de prisión puede traer beneficios al Estado y a los condenados?

A nuestro parecer, la respuesta es si, por cuanto el valor de las multas, si bien disminuirían considerablemente, podrían estas ser pagadas voluntariamente o ser recuperadas a través del cobro coactivo.

El legislador al momento de configurar las multas en los tipos penales, no realizó un estudio sobre la conveniencia o no de la imposición de multas severas, que si bien es cierto, no lo hizo para todos los delitos, en algunos como el narcotráfico y el contrabando de hidrocarburos tipificó excesivamente las mismas, tanto que es común que estas conductas se impongan penas de multas de mil trescientos treinta y tres (1333) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Y es que desde el año de 1985 el narcotráfico ha desangrado el país y en un intento por arreciar las penas, se instituyeron multas exorbitantes, pero se reitera, sin tener en cuenta la realidad social.

Estas clases de multas, a duras penas las pueden cancelar los líderes o capos del narcotráfico (si no amañan los procesos mediante la corrupción) quienes cuentan con la capacidad para ello y no los reos

que actualmente descuentan pena en las cárceles del país, que como se enunció anteriormente son de escasos recursos económicos.

3. Conclusiones y Recomendaciones.

De lo expuesto anteriormente se pueden extraer las siguientes premisas:

- ✓ Existen dos clases de multas que funcionan de manera distinta en los momentos de su graduación y de las formas para su cancelación:
 - Si la multa aparece como única pena principal su graduación se hace de acuerdo a la tabla de unidades de multa que permite al juez que la impone, condenar al pago de mínimo un (1) salario mínimo es decir una unidad de multa, que además de poder pagarse a plazos puede amortizarse mediante trabajo, y una unidad de multa (que según el grado puede equivaler a varios salarios mínimos) equivale a quince (15) días de trabajo.
 - Si la multa aparece como acompañante de la pena de prisión su graduación sólo permite al juez condenar al pago de un mínimo de salarios contemplado en la misma norma que describe el delito, y el

Juez no puede atender realmente la situación económica del condenado; y pese a que puede pagarse a plazos, la ley no regula la amortización por trabajo y no existen equivalencias determinadas por el legislador para convertir los salarios mínimos en días de trabajo.

- ✓ A la Dirección Nacional de Estupefacientes al 31 de diciembre de 2010 le adeudan \$5.205.327.908, por concepto de pago de multas.

De igual forma, más preocupante es la cifra del Consejo Superior de la Judicatura, puesto que a 31 de diciembre de 2009, no ha recaudado \$12.629.218.660.

- ✓ Si el Juzgado de Conocimiento, no puede abandonar los límites mínimos y máximos establecidos en cada tipo penal, ya que actuar de esa forma estaría prevaricando, mucho menos los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad a quienes les está prohibido reformar la pena de multa.
- ✓ El exigir el pago total de la multa, ha generado cierta voluntad por parte de los condenados para el pago de la misma, pero debido a que

no pueden sufragarla por su elevado monto, la pena impuesta se queda en el papel.

El estudio hecho precedentemente, hace surgir los siguientes interrogantes ¿Castigar a las personas con penas de multa excesivas ha servido para que éstas no incurran en conductas delictivas? ¿Al Estado le conviene castigar con multas impagables o por el contrario reducir el monto de éstas para recaudar más dinero para el funcionamiento del mismo Estado?

Si la conclusión a la que llega el lector, es la misma que la de nosotros, debemos plantear la forma en que la multa como acompañante de la pena de prisión puede ser modificada.

3.1 Reforma al numeral 1° del Artículo 39 de la Ley 599 de 2000.

La primera forma de modificarla la multa es dejando una sola clase de ellas, siendo la más recomendable la unidad de multa, pero para ello, debe realizarse una reforma a la Ley 599 de 2000 a través una Ley por el Congreso de la República.

Si se deja como única la unidad de multa, para su imposición sólo debe acudir al numeral 2° y 3° de la misma norma, que establece:

“2. Unidad multa. La unidad multa será de:

1) *Primer grado. Una unidad multa equivale a un (1) salario mínimo legal mensual. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el primer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, hasta diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2) *Segundo grado. Una unidad multa equivale a diez (10) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el segundo grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta (50).

3) *Tercer grado. Una unidad multa equivale a cien (100) salarios mínimos legales mensuales. La multa oscilará entre una y diez (10) unidades multa.*

En el tercer grado estarán ubicados quienes hayan percibido ingresos promedio, en el último año, superiores a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. *Determinación. La cuantía de la multa será fijada en forma motivada por el Juez teniendo en cuenta el daño causado con la infracción, la intensidad de la culpabilidad,*

el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo, la situación económica del condenado deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.”

3.2 Modificar cada tipo penal que consagra la multa como acompañante de la pena de prisión.

En el presente evento, el legislador deberá tomar cada conducta punible en el que aparezca la multa como acompañante de la pena de prisión y deberá ajustarla a un monto accesible para los condenados, que partiría de uno (1) hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Al realizar esta modificación, el legislador también deberá ajustar el numeral primero del artículo 39 del Código Penal en el sentido de que la multa máxima a imponer será la enunciada anteriormente.

En caso de que se lleguen a hacer cualquiera de estas dos modificaciones, en virtud del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, a todas las personas que se encuentren con sentencias ejecutoriadas en aplicación al principio de favorabilidad se les aplicaría la reforma enunciada y en consecuencia, las personas privadas de la libertad y que

estén a portas de acceder al algún beneficio judicial, como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, libertad condicional o el sistema de vigilancia electrónica podrían cancelar el monto de las multas, las cuales dejarían de quedar en el papel y se podría recaudar a favor del Estado y con ellas se podría hacer más viable el presupuesto para el funcionamiento de la Rama Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencia C-194 de 2005 del dos (2) de marzo de dos mil cinco (2005), Corte Constitucional, Mag. Ponente Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

Sentencia C-390 de 2002 del veintidós (22) de mayo de dos mil dos (2002), Corte Constitucional, Mag. Ponente Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

<http://www.dne.gov.co/index.php?idcategoria=11926&download=Y>

Código Penal Ley 600 de 2000

<http://www.dne.gov.co/index.php?idcategoria=11291&download=Y>

http://www.ramajudicial.gov.co/csjs/index.jsp?cargaHome=3&id_subcategoria=929&id_categoria=371

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7457908>

Proceso N.º 32672, veintiocho de enero de dos mil diez, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL.



COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA COMPENSACIÓN

Por: Jesús Antonio Chaustre Buitrago

Resumen.

Las cooperativas de trabajo asociado CTS, son empresas asociativas, sin ánimo de lucro en la cual los trabajadores son los aportantes y gestores de la empresa; la CTA-Snarecoop, cooperativa de la sociedad Norte santandereana de anestesiología, fue creada para desarrollar su objeto social, que es la de aportar el conocimiento de sus cooperados en la especialidad médica de la anestesiología, con base en la ley 6 de 1991. Ella se rige por los estatutos, pero el contenido de estos no puede ir en contra de la Constitución política, más aún cuando se trata del derecho fundamental del trabajo.

Su autonomía, no puede comprometer el núcleo esencial del trabajo, al decidir sobre la forma de pago de las compensaciones, en el entendido que no pueden modificar la forma de pago de los salarios, aquí denominada compensaciones, por ser éste de orden

público y su competencia es solo del Congreso, quien decide lo respectivo.

Snarecoop, decidió a través de su consejo de administración, cambiar de un momento a otro la forma de compensación como era habitual durante más de seis años: de jornada – evento, en el que se compensaba el trabajo de acuerdo con lo que el especialista facturaba durante la jornada asignada; a la forma de jornada - pool, que consiste en el pago de la compensación dependiendo de lo facturado por los eventos realizados durante la jornada asignada, pero su valor real es la sumatoria de los eventos facturados durante las jornadas asignadas a todos los cooperados y este resultado se divide por el número total de jornadas realizadas por todos los cooperados.

Esta nueva forma de calcular el pago de las compensaciones, atenta contra el derecho fundamental al trabajo, y es violatorio del principio de “igual trabajo igual pago”; en el entendido que la compensación no va a depender del trabajo individual, sino del rendimiento

de los demás, pudiendo ocurrir quien trabaje más sea compensado con menos y quien trabaje menos sea compensado con más, configurándose una igualdad inversa, siendo una franca y real violación a la constitución.

Problema de Investigación

Las Cooperativas de Trabajo Asociado CTS, pueden imponer sus propias normas con relación al reconocimiento de las compensaciones, o deben sujetarse a la constitución y la ley?

Metodología

La metodología en esta investigación se basa en la revisión bibliográfica, y la búsqueda de la jurisprudencia de la Corte constitucional, con relación a la autonomía de las cooperativas de trabajo asociado en lo que respecta al pago de las compensaciones a sus cooperados.

INTRODUCCIÓN

Se presenta un problema común a las Cooperativas de trabajo asociado, en forma específica a la cooperativa de la sociedad Nortesantandereana de anestesiología – Snarecoop-, en cuanto a la forma de pagar las llamadas compensaciones, que son el producto

del trabajo individual de los cooperados, el cual se debe hacer de acuerdo al trabajo aportado, el rendimiento, y la cantidad.

El derecho al trabajo, como derecho fundamental, es de orden público, siendo irrenunciables las prerrogativas que ellas conceden; por lo que solo el congreso puede regular los tópicos que los relacionan. Si bien es cierto que las Cooperativas de trabajo asociado, no se rigen por el código sustantivo del trabajo, sino por el acuerdo cooperativo, éste no podrá exceder sus facultades, ni violar la constitución.

Snarecoop, por decisión de su consejo de administración, cambió la forma de pago de las compensaciones a sus cooperados, pasando del pago jornada-evento (se le compensaba lo facturado durante su jornada asignada), a pago por jornada- pool (se le compensa no lo facturado por su trabajo durante la jornada, sino el resultado de dividir la sumatoria de lo facturado por cada cooperado durante su jornada asignada, por el total de jornada realizadas por todos los cooperados que participan en las actividades propias), presentándose el fenómeno que quien trabaje más, recibirá eventualmente menos, pues entra a

subsidiar a quienes trabajen menos ; ésta decisión es contraria al principio fundamental de : “a igual trabajo igual pago”, lo que generó impugnación de esta decisión ante el juez competente, desatándose una controversia con respecto a si este cambio de pago en la compensación atenta contra el artículo 53 CP, o si se excede en sus funciones el Consejo de administración de la misma al entrar a regular derechos laborales, que no son de su competencia, amparándose en la autonomía cooperativa.

Se revisa la Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la autonomía de las CTA con relación a la forma de pago de las compensaciones. Se definirá la CTA de los anestesiólogos, su regulación y la forma como ésta ha cambiado de forma de pago de las mismas, para deducir si la modalidad adoptada finalmente se ajusta o no a la constitución.

Se pretende, que esta discusión y sus criterios, sirvan de punto de partida al debate que se adelanta al respecto, para que oriente la toma de decisión en forma objetiva, acorde con la norma y sin lesionar a ninguna de las partes.

Al analizar la jurisprudencia de la Corte constitucional al respecto, a través de búsqueda sistemática de la misma, se puede concluir que esta forma nueva de compensar el trabajo de los cooperados médicos anestesiólogo es violatoria del derecho al trabajo, pues se le debe reconocer su aporte laboral proporcional a la cantidad y calidad de su trabajo.

Estado Social de Derecho.

El Estado de derecho, es un concepto que postula la existencia de un variado conjunto de mecanismo institucionales dirigidos a controlar el poder político, su pretensión es la de generar un ambiente de garantías, que hagan posible el reconocimiento y goce de las libertades individuales⁸¹

El término “social”, agregado a la clásica fórmula del estado de derecho, significa una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo; su incidencia en la organización socio-

⁸¹ Burgos, José Germán.(2010). Estado de derecho: del modelo formal al sustancial. Revista diálogos de Saberes. El Estado de derecho, integra de manera preeminente la noción de imperio de la constitución y la ley, siendo éste el fundamento de la legalidad de la administración

política puede ser descrita bajo dos puntos de vista: cualitativo y cuantitativo. En lo cuantitativo su tema es el Estado bienestar; en lo cualitativo, bajo el tema de Estado constitucional democrático., siendo evidente su complementariedad.⁸²

La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado social de derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano. Esta importancia amerita un pronunciamiento de la Corte sobre el alcance de este concepto y sobre su sentido e interpretación, no sólo en el contexto internacional -del cual sin duda alguna se nutrió la Asamblea Nacional Constituyente- sino en la Constitución misma, vista como una norma autónoma. Para ello ninguna ocasión tan oportuna como la que se

⁸² Aragón Reyes, Manuel. Constitución y democracia (1989), Tecnos, Madrid. Referenciada por Constitución política de Colombia, 1993. Pp 3. Legis. En donde se presenta el surgimiento del Estado bienestar en Europa, con los movimientos obreros, 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 Estado Unidos, que transformo el reducido estado liberal en un complejo aparato político-administrativo, que conlleva toda un dinámica social; donde se garantiza estándares de mínimo salario, alimentación, salud. habitación. educación para todos los ciudadanos.

refiere a la definición de los derechos económicos sociales y culturales y a su relación con el derecho de tutela.⁸³ Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.

La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los

⁸³ Sentencia No. T-406/92 MAGISTRADO PONENTE: CIRO ANGARITA BARON

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.

Dentro del Estado social de derecho, carece de *sindéresis* y concinidad, que hoy alguien pretenda oponerse a los derechos fundamentales, pues tal posición no sólo es equivocada políticamente, sino que está fuera de su tiempo; la defensa de los derechos fundamentales no es una estrategia sino un acto de convicción.⁸⁴

La adopción del Estado social de Derecho corresponde al Estado constitucional en que la constitución viene a ser la norma suprema que tiene primacía sobre todas las demás normas. El hecho que la ley no tiene

supremacía sino que ésta corresponde a la constitución, ha llevado a que la Constitución se considera no solo como fuente de derecho sino que delimita el sistema de fuentes.⁸⁵

En el contexto del Estado social y constitucional de derecho colombiano, caracterizado por la búsqueda de validez material, los principios no sólo sirven de herramientas para la interpretación de la ley, sino además de criterios para la evaluación de la constitucionalidad o validez de las restantes normas del ordenamiento jurídico⁸⁶

Principios y valores constitucionales

Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo

⁸⁵ Monroy Cabra, Marco Gerardo. La interpretación Constitucional. En referencia a los nuevos conceptos de fuentes de derecho: donde subsiste la concepción sociológica que se refiere al conjuntos de factores constitutivos de la realidad social, que son los que conducen a la creación de las normas,...significando que no puede reducirse a un concepto jurídico, por cuanto hay que tener en cuenta las estructuras políticas, socioeconómicas, que son el sustrato a la formulación jurídica.

⁸⁶ Estrada Vélez, Sergio. (2010). Los principios jurídicos en Colombia. Algunas recomendaciones para su incorporación. Revista Diálogos de saberes.

⁸⁴ Edagrdo Villamil Portilla, Algunas tendencias de la Jurisprudencia de la sala civil de la corte suprema de Justicia en materia de derechos Fundamentales. Ponencia presentada dentro del marco del XXVII congreso colombiano de derecho procesal. Cartagena. Agosto de 2006.

papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta. Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico⁸⁷ pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz, plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc., todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar.

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica

reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio

⁸⁷ R. Dworkin, *Questioni di principio*; Il Saggiatore, Milano 1985. n. 5 v ss. Citado en la Sentencia T-406/92

del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principio son normas que condicionan las demás normas, pero tienen un grado mayor de concreción y eficacia, teniendo por sí mismo carácter normativo. Por lo tanto, los valores son más abstractos y abiertos que los principios.⁸⁸

Derechos Fundamentales.

Es preciso y necesario un acercamiento al núcleo de valores, principios, derechos y garantías constitucionales, en cuanto a la representación de los derechos fundamentales, que demandan del Estado, ante su desconocimiento, obligación de resultado; adquiriendo un valor especial en un Estado constitucional, en calidad de derechos justiciables, inalienables, imprescriptibles, permanentes, inmutables, subjetivos, sustanciales, clásicos, de status

negativo, de exigencia directa, que generan efectos jurídicos vinculantes.⁸⁹

Se está en presencia de derechos subjetivos, al permitir a su titular, exigir protección ante la vulneración de la administración pública y fundamental en cuanto encuentran sustento en la constitución y en la medida que desde este reconocimiento derivan consecuencias jurídicas.

Cambios en la concepción de los derechos fundamentales.

El principal cambio desde el punto de vista orgánico, es que existe realmente y funcionando una sola jurisdicción constitucional compuesta por todos los jueces del país. Ha habido un despertar de la conciencia de que la protección de los derechos no solo le da vida a la Constitución, sino que es el pilar de la democracia participativa y es lo que establece límites sustantivos efectivos

⁸⁹ Forero Salcedo, José Roy. (2006). Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado desde la óptica de un derecho disciplinario autónomo. Diálogos de Saberes. No 25. Universidad Libre. Refiere: "que la identidad de las instituciones jurídicas es clara, enmarcándose dentro de la categoría de derechos fundamentales que corresponden al género de los derechos humanos definidos por Lucas Verdú, como aquellos postulados universales, basados en la dignidad del hombre, fundados en valores supremos, que se imponen a los poderes públicos nacionales e internacionales, promotores del desarrollo pleno de la humanidad".

⁸⁸ Monroy Cabra, Marco Gerardo-----, citando a Ronald Dworkin, quien expresa que, el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como "principios, directrices políticas y otros tipos de normas". a los cuales llamó genéricamente "principios".

al ejercicio del poder.⁹⁰ Todos los jueces del país se han mostrado más comprometidos con la defensa de los derechos fundamentales y con las decisiones de las acciones de tutelas que las personas le presentan. Se presentó un incremento exponencial del control abstracto, en el entendido que los derechos empezaron a penetrar en el sentimiento de los colombiano; se empezó a acudir a la acción pública de inconstitucionalidad para garantizar el respeto de los derechos por el legislador mediante el control abstracto de normas.

Derecho fundamental al trabajo, principios constitucionales de protección.

De la palabra trabajo se tiene diversas acepciones. Etimológicamente, viene de la voz latina, trabs- trabis, que significa “traba”, “obstáculo”, “dificultad”, que se puede interpretar como la lucha por las dificultades, necesaria al hombre para atender la satisfacción de las

necesidades vitales⁹¹. Lo que significa que el hombre necesita luchar, para satisfacer sus necesidades.

Noción jurídica: desde este punto de vista es toda actividad humana libre, ya sea intelectual o material, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad.⁹²

No se puede concebir al hombre sin asociarlo a alguna actividad de producción, que aporta al desarrollo mismo de la sociedad; así que el progreso de la humanidad es fruto del trabajo. Esta actividad se dá siempre en medio de relaciones sociales, en donde no todos desarrollan las mismas actividades, en las que unos entregan su capacidad en una labor para otros, quienes a su vez a cambio les pagan el esfuerzo, ya sea físico o mental, por la labor realizada⁹³.

Constitución y derecho al trabajo.

En el Preámbulo de la CP, se expresa:
El pueblo de Colombia, en ejercicio de

⁹⁰ Cepeda Espinosa, Manuel José. (2007) Polémicas constitucionales. Legis. Colombia. Pp.96; Se trata de una transformación esencial. La Corte Constitucional se ha situado como cabeza de la jurisdicción constitucional, cumpliendo con el mandato del constituyente de 1991

⁹¹ Campos Rivera, domingo (2007) Editorial Nomos. Bogotá; también proviene de la palabra latina *tripaliare*, que significa a la vez trabajar y sufrir.

⁹² Código sustantivo del trabajo; art 5.

⁹³ Colectivo de abogados “José Alvear Restrepo”. 2005.

su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente constitución.

El artículo 17. Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.

El artículo 26, instituye la libertad de escogencia de profesión u oficio.

El artículo 38: garantiza el derecho de asociación.

El artículo 39, el derecho a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado y defiere a la autoridad judicial la facultad de cancelar o suprimir la personería jurídica, reconociéndosele a los representantes sindicales fuero y demás garantías para el cumplimiento de su gestión.

El artículo 48, consagra el derecho a la seguridad social.

El artículo 53 (...) 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; 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 (.....).

Normas Internacionales concordantes.

Declaración universal de Derechos humanos, art 23. Derecho al trabajo.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, ley 74 de 1968, artículo 7, condiciones de trabajo equitativas.

Convenios de la Organización Internacional del trabajo: Colombia es miembro de la OIT, desde 1919, fecha de su fundación. Colombia tiene 59 convenios ratificados y 53 en vigor.

El trabajo es una actividad que goza en todas sus modalidades de especial protección del Estado. Una de las garantías es el estatuto del trabajo, que contiene unos principios mínimos fundamentales (artículo 53 CP), cuya protección es de tal naturaleza, que es inmune incluso ante el estado de excepción por hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden social, económico y ecológico.

La proporcionalidad de la remuneración por la cantidad y calidad del trabajo, está igualmente consagrada por la Organización Internacional del Trabajo en el convenio 100, aprobado mediante ley 54 de 1962.

Jurisprudencia Constitucional.

1. El principio "a trabajo igual salario igual" tiene rango constitucional.

En la sentencia C-081/96⁹⁴ se dice: Así la Constitución señala que las condiciones de trabajo deben ser dignas y justas, lo cual implica una cierta noción constitucional de salario justo, pues sólo es digno aquel trabajo que permite a la persona vivir dignamente. Igualmente, la Carta precisa que la remuneración debe ser móvil y vital, así como proporcional a la cantidad y calidad del trabajo. Esto significa, tal y como lo ha establecido esta Corporación, que debe existir una equivalencia entre el salario y la prestación del servicio, y que el principio "a trabajo igual salario igual" tiene rango constitucional. En efecto, con criterios que armonizan con la Carta, la O.I.T., en el artículo 1º del Convenio No. 95 relativo a la protección del salario, ratificado por Colombia mediante la Ley 54 de 1962, y que por ende hace parte de la legislación interna, por el Bloque de constitucionalidad, ha definido el salario: como "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la

⁹⁴ Sentencia No. C-081/96 Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba presta.(subrayado fuera de texto)

2. Restricción y sometimiento del contrato de trabajo a las normas constitucionales.

En Sentencia C-016/98 ⁹⁵Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, analiza y preceptúa sobre el acuerdo de voluntades que da origen al contrato de trabajo, que está restringido y sometido a las disposiciones constitucionales que rigen la materia, y a una extensa regulación jurídica de orden público, que prevalece y se superpone a la pura autonomía de las partes.

El contrato laboral o contrato de trabajo ha sido reconocido, por sus características, como un contrato autónomo, distinto del contrato civil, en el cual el acuerdo de voluntades es

fuente de la relación que surge entre quien se compromete a realizar por cuenta y bajo la dependencia de otro una prestación laboral retribuida.

Esa distinción, entre el contrato civil y el contrato laboral, se ha ido afianzando a través del tiempo y encuentra origen en el reconocimiento de la situación de asimetría en la que se encuentran las partes, la cual no permite presumir que el acuerdo de voluntades se produzca a partir del ejercicio no interferido ni restringido de la autonomía de cada una de ellas, como si ocurre en el contrato civil, y en la evolución misma de las sociedades que reivindicán el trabajo como un valor y un principio esencial del Estado, (arts. 1 y 2 C.P.) y como un derecho fundamental de las personas (art. 25 C.P.), de cuya realización efectiva depende el desarrollo de la misma en condiciones de dignidad.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con el contrato civil, el contrato de trabajo, que como se dijo es la fuente de la relación laboral, cumple una función reguladora complementaria de las condiciones establecidas en la Constitución y en la ley, condiciones que las partes no están en capacidad

⁹⁵ Sentencia C-016/98 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Expone la diferencia entre el acuerdo de voluntades en la parte civil a diferencia en la parte laboral, en donde predomina una asimetría entre las partes, debiendo intervenir el Estado para la efectiva realización de sus fines

de transgredir, empeorar o desconocer, pues ello implicaría la nulidad de sus cláusulas. El acuerdo de voluntades que precede la celebración de un contrato laboral, está afectado por "...la existencia de una extensa regulación "heterónoma" (leyes, reglamentos, convenios colectivos) que se superponen a la pura autonomía de la voluntad de las partes."

Ello, desde luego, se traduce en una restricción al ejercicio de la autonomía individual, restricción que acota el alcance de un acuerdo de voluntades cuando se trata de definir las condiciones en las que se desarrollará una relación laboral, pues tales condiciones estarán supeditadas a la normativa constitucional y legal que rige esa materia específica, la cual presenta como uno de sus objetivos esenciales, brindarle protección al trabajador y tutelar sus intereses, dado que lo reconoce como la parte vulnerable de la relación.

Ahora bien, la restricción de la autonomía de las partes para establecer las condiciones que regirán su relación laboral, no implica que ésta se anule por completo, pues en ejercicio de la misma y de la libertad

contractual de las cuales son titulares, pueden alcanzar un acuerdo de voluntades que rija una específica situación laboral, y optar para el efecto por una de las alternativas que prevé la ley, siempre y cuando tal acuerdo se establezca acogiendo y respetando, primero los postulados básicos del paradigma de organización jurídico-política por la que optó el Constituyente, el del Estado social de derecho, y segundo, la normativa jurídica de orden público que rige ese tipo de relaciones, la cual como se anotó antes prevalece y se superpone a sus voluntades.

A partir de los anteriores presupuestos deberá determinar la Corte, si la prórroga sistemática de los contratos de trabajo a término fijo, cuya constitucionalidad, la de ese tipo de contratos, ha reconocido reiteradamente la Corte, contradice o vulnera la normativa constitucional que rige la materia, específicamente el principio de estabilidad que consagra el artículo 53 de la Constitución, y si el "acuerdo de voluntades" que subyace en una relación laboral así configurada, desconoce y contradice postulados básicos del Estado social de derecho,

que ameriten que esta Corporación la expulse del ordenamiento jurídico

3. Las cooperativas de trabajo asociado. Las cooperativas, en general, son empresas asociativas sin ánimo de lucro, en las cuales los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios, para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general (art. 3 ley 79/88).

Según la actividad que éstas desarrollen se clasifican en: especializadas, multiactivas e integrales. Las cooperativas especializadas son las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural. Las multiactivas son las que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica, y las integrales son aquellas que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y

prestación de servicios. (arts. 61 a 64 ley 79/88).

Las cooperativas de trabajo asociado pertenecen a la categoría de las especializadas, y han sido definidas por el legislador así: "Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios" (art. 70 ley 79/88). El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos⁹⁶.

Las características más relevantes de estas cooperativas son:

- La asociación es voluntaria y libre

⁹⁶ Sentencia C-211/00 Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. En el presente caso debe la Corte definir tres puntos: i) Si la autorización que se confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación viola la Constitución; ii) En caso de que ello no suceda, habrá que determinar si la no aplicación de las disposiciones del Código Laboral a los "trabajadores", de esa clase de organizaciones, viola el principio de igualdad en relación con los trabajadores dependientes; y iii) Si la indeterminación de la cuantía de los salarios mínimos que se puede imponer como sanción administrativa tanto personal como institucional a quienes incurran en ciertas faltas, viola el ordenamiento superior.

- Se rigen por el principio de igualdad de los asociados
- No existe ánimo de lucro
- La organización es democrática
- El trabajo de los asociados es su base fundamental
- Desarrolla actividad económica social
- Hay solidaridad en la compensación o retribución
- Existe autonomía empresarial

Las cooperativas de trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos. Dado que los socios son los mismos trabajadores éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa. Sólo en casos excepcionales y en forma transitoria u ocasional se les permite contratar trabajadores no asociados, quienes se regirán por la legislación laboral vigente.

3.1 Facultad de las cooperativas de trabajo asociado para expedir sus propios estatutos o reglamentos.

En la sentencia C-211/00 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, hace un análisis de la autonomía de las cooperativas de trabajo asociado, enmarcada bajo el estricto cumplimiento de la constitución y la ley, afirmando que esta regulación no puede ser absoluta, en el entendido que no puede desconocer los derechos de las personas ni contrariar los principios y valores constitucionales.

Así lo afirma: “Pero tal libertad de regulación no es absoluta pues dichos estatutos o reglamentos, como es apenas obvio, no pueden limitar o desconocer los derechos de las personas en general y de los trabajadores en forma especial, como tampoco contrariar los principios y valores constitucionales, ya que en caso de infracción tanto la cooperativa como sus miembros deberán responder ante las autoridades correspondientes, tal como lo ordena el artículo 6 del estatuto superior.

De otra parte, es claro que si bien en desarrollo de la libertad de asociación, las cooperativas están regidas "en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones."

En consecuencia, como algunas de esas regulaciones podrían infringir la Constitución y las leyes, corresponderá a las autoridades competentes analizar en cada caso particular y concreto si éstas se ajustan a sus preceptos y, en especial, si respetan o no los derechos fundamentales del trabajador.

La Magistrada Martha SÁCHICA de Moncaleano, expresa en la Sentencia⁹⁷ T- 394/99, lo siguiente: "Por otra parte, en forma correlativa a la consagración constitucional vista del derecho al

trabajo, el ordenamiento superior vigente garantiza la libertad económica (C.P., art. 333), entendida como "la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio. Las actividades que conforman dicha libertad están sujetas a limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes, por razones de seguridad, salubridad, moralidad, utilidad pública o interés social. Es preciso anotar, que en el campo de esa actividad económica es necesario el señalamiento por los empresarios de sus propios estatutos sociales y reglamentos internos para gobernarse en el seno de su empresa, los cuales por ser de obligatorio cumplimiento, en virtud del pacto que se celebra para su expedición, no excluyen el acatamiento a los principios, derechos y valores constitucionales. Recuérdese que, según el mandato constitucional del artículo 4o. de la Carta Fundamental: es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes; por lo tanto, es vital que el señalamiento de las condiciones y normas empresariales internas reguladoras de la actividad

⁹⁷ Sentencia T-394/99 M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano. Resalta que si bien es cierto que los estatutos asociativos, tienen autonomía, esta misma autonomía no puede ser superior al artículo 4 de la constitución.

social empresarial, si bien en desarrollo de la libertad de asociación están regidas en principio por una amplia autonomía configurativa de los asociados, no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como ocurre frente a la posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones.”

3.2 La compensación del trabajo de los trabajadores-socios de las cooperativas de trabajo asociado.

Continúa la sentencia C-211/00 estudiando lo referente a las compensaciones del trabajo de sus asociados y expresa: “Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado (identidad de trabajador-socio) la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario sino una *compensación*, que se fija teniendo en cuenta estos factores: la función que cada trabajador cumple, la especialidad, el rendimiento, la cantidad y calidad del trabajo aportado. Igualmente, el trabajador asociado tiene derecho a

recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa. Pretender que el régimen de compensación de los socios de estas cooperativas sea igual al de los trabajadores asalariados, sería desconocer la naturaleza misma de tales organizaciones y la inexistencia frente a sus asociados de una relación de trabajo de esa índole”.

Sin embargo, los trabajadores asociados no sólo reciben beneficios pues, dada su condición de propietarios, también tienen que asumir los riesgos, ventajas y desventajas propios del ejercicio de toda actividad empresarial. De manera que si se presentan pérdidas deben asumirlas conjuntamente, lo que no ocurre en las relaciones de trabajo dependientes.

En las cooperativas de trabajo asociado se rompe con el esquema tradicional de las empresas lucrativas de la economía de mercado en las que unos son los empleadores y otros los trabajadores, pues en aquéllas esas dos categorías de personas no existe ya que, como tantas veces se ha reiterado en esta sentencia, los trabajadores son los mismos socios y dueños de la empresa. (...). El trabajo asociado se ha venido abriendo espacio

en la mayoría de países de Europa y América, puesto que constituye un medio eficaz para el fortalecimiento de los trabajadores, que siempre habían sido considerados la parte débil de las relaciones de trabajo.

La protección que la Constitución ordena dispensar al trabajo, que dicho sea de paso, no es exclusivamente el subordinado sino éste en todas sus modalidades (art. 25 C.P.), y la garantía de los derechos mínimos irrenunciables tampoco se ven menguados, porque son los mismos asociados quienes deben establecer sus propias reglas para que aquél se desarrolle en condiciones dignas y justas, que les permita mejorar su nivel de vida y lograr no solo su bienestar sino también el de su familia.

Al respecto ha dicho la Corte: *“No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del*

derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como la manifestación de la especial protección del Estado "en todas sus modalidades" (CP art. 25).” Ahora bien: los principios mínimos fundamentales que rigen el trabajo contenidos en el artículo 53 de la Carta que, como se ha dicho, "configuran el suelo axiológico de los valores materiales expresados en la Constitución alrededor de la actividad productiva del hombre, a los cuales debe 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 (...) "no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular. Su finalidad es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley".

Ello no quiere decir que tales derechos fundamentales no deban ser respetados o garantizados en las cooperativas de trabajo asociado, pues éstos rigen para todas las modalidades de trabajo. De no entenderse así, habría que sostener inválidamente que la Constitución discrimina a los trabajadores, o en otras palabras, que protege solamente a unos, lo cual no se ajusta con una interpretación sistemática y teleológica de los artículos 25 y 53 del estatuto superior.

Es que derechos fundamentales como el de la igualdad de oportunidades, el de una justa y equitativa compensación del trabajo en forma proporcional a la cantidad y calidad del trabajo, el principio de favorabilidad a favor del trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, el derecho a la capacitación, al descanso necesario, a la seguridad social, entre otros, no son ajenos a ninguna clase de trabajo.

En consecuencia, no advierte la Corte que el régimen de compensación de los trabajadores asociados vulnere el ordenamiento supremo, pues como quedó demostrado sus relaciones de

trabajo difieren sustancialmente de las de los trabajadores dependientes o asalariados. En consecuencia, bien podía el legislador establecer regímenes diferentes para unos y otros”.

En conclusión, dijo la corte en Sentencia⁹⁸ C-855/09 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo, que en la Sentencia C-211 de 2000, la Corte llegó simultáneamente a dos conclusiones pertinentes al presente caso: (i) La naturaleza jurídica, las finalidades, la estructura y el funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado son distintas a las de las empresas comerciales y por lo tanto, es válido que el legislador defina para ellas un régimen diferente, especialmente en lo laboral y, (ii) en todo caso, ese régimen diferenciado no puede desconocer que el trabajo que desempeñan los asociados a las Cooperativas de Trabajo Asociado goza de las mismas protecciones constitucionales, pues lo que protege la Carta no es el trabajo como concepto

⁹⁸ Sentencia C-855/09 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. En esta sentencia se llega a dos conclusiones: i. Es válido que el legislador fije a la CTA un régimen diferente especial laboral y ii. Que ese régimen diferenciado no puede desconocer que el trabajo de sus asociados goza de las mismas protecciones constitucionales, protegiéndose al trabajador y a su dignidad.

abstracto, sino *“al trabajador y su dignidad”*.

Régimen de compensaciones.

El decreto No 4588 de 2006, Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado define las Compensaciones como todas las sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario.

Las compensaciones se deberán establecer buscando retribuir de manera equitativa el trabajo, teniendo en cuenta el tipo de labor desempeñada, el rendimiento y la cantidad aportada.

Presentación de una situación como referente al problema en estudio, se hace discusión a la luz de la constitución, para resolverlo.

La Cooperativa de trabajo asociado de la Sociedad Nortesantandereana de anestesiología y Reanimación – SNARECOOP-, se creó para que sus asociados, que son médicos especialistas en Anestesiología y

reanimación, prestaran sus servicios a través de un contrato de servicios en la Empresa social del Estado Hospital Universitario Erasmo Meoz, de Cúcuta; siempre se ha trabajado por la modalidad de asignación de turnos de 6 horas, tanto en la realización de las anestесias a pacientes en cirugía programada, como en las anestесias en las cirugías de Urgencias generales y urgencias de obstetricia.

Durante más de 6 años se realizó el trabajo por jornadas con pago por Eventos (esto significa, que se aplica el decreto 2423 de 1996 Soat, en donde se encuentran relacionados los procedimientos, su clasificación por grupos y el valor asignado para su reconocimiento y pago), estos eventos eran relacionados por la Snarecoop, quien a su vez pasaba la factura de cobro al Hospital, después de ser cancelado el valor correspondientes, la Cooperativa hacia los descuentos de ley y procedía a ser el pago respectivo a cada cooperado, teniendo en cuenta el valor de lo que cada uno produjo durante el respectivo mes.

En Diciembre de 2009, el nuevo consejo de administración se abrogó la competencia de cambiar la modalidad

de pago, anteriormente expuesto de pago por jornada-evento, a la siguiente modalidad de pago por jornada- pool(entendiéndose el “pool”, como una institución en donde se sabe el valor de cada jornada ejecutada por el médico anesthesiólogo al final del mes, que resulta de la sumatoria de lo facturado por los eventos realizados en forma individual durante la jornada asignada a cada uno de los médicos anesthesiólogos; o sea que se suma lo facturado por los eventos totales del mes, y ese número se procede a dividir por el número total de jornadas).

En sí, este nuevo método de pago de las compensaciones a cada médico anesthesiólogo no representa la realidad de lo laborado, y se configura una violación al principio constitucional fundamental de “a igual trabajo, igual pago”

Se envió escrito al consejo de Administración de la cooperativa informándosele de la violación de la Constitución, dando una respuesta que no analiza el contexto dentro del Estado Social de derecho, en cuanto afirman que: “las cooperativas no se rigen por el código sustantivo del Trabajo, sino por los estatutos”; esto es

cierto, pero en el entendido que no pueden estar estos, los estatutos, por encima de la norma de normas.

DISCUSIÓN

Las cooperativas de trabajo asociado, fueron creadas por ley 79 de 1988, con el propósito de dotar al sector cooperativo de un marco propicio para su desarrollo como parte fundamental de la economía nacional, de acuerdo con los siguientes objetivos:

1. Facilitar la aplicación y práctica de la doctrina y los principios del cooperativismo.
2. Promover el desarrollo del derecho cooperativo como rama especial del ordenamiento jurídico general.
3. Contribuir al fortalecimiento de la solidaridad y la economía social.
4. Contribuir al ejercicio y perfeccionamiento de la democracia mediante una activa participación.
5. Fortalecer el apoyo del gobierno nacional, departamental y municipal al sector cooperativo.
6. Propiciar la participación del sector cooperativo en el diseño y ejecución de los planes y programas de desarrollo económico y social, y

7. Propender al fortalecimiento y consolidación de la integración cooperativa en sus diferentes manifestaciones.

Como se pronuncia el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (hoy Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria), en la Sentencia C-211/00, ⁹⁹*“Las cooperativas de trabajo asociado son empresas donde el asociado es copropietario y trabajador al mismo tiempo, pues no existe una figura de patrono. Por lo tanto es el producto de la autogestión de los asociados, la que permite a la empresa cumplir o no con su objeto social. La relación asociativa de trabajo se desarrolla dentro de unos principios y fines que la hacen cualitativamente diferente, pues el trabajador debe aportar recursos para conformar el patrimonio empresarial, creando su empleo y la riqueza que el genera se debe distribuir entre los*

⁹⁹ Sentencia C-211/00 Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ. En concepto del Señor Procurador General de la Nación, solicita la declaratoria de exequibilidad de los art 59 y 135 de la ley 79 de 1998, por no violar canon constitucional alguno, en el entendido que los ingresos de los trabajadores asociados no se denomine salario sino “anticipos laborales o compensaciones cooperativas”, los cuales al final de cada ejercicio contable reciben una parte complementaria, según la función cumplida, el rendimiento y la cantidad de trabajo realizado por cada socio. (esto clara y explícitamente hace referencia al rendimiento y cantidad de aporte de trabajo del asociado)

asociados con base en la cantidad de trabajo aportado, la responsabilidad, la complejidad, la especialización de la labor y el rendimiento obtenido, hecho que permite establecer grados, niveles y montos diferentes de compensación”. (Subrayado fuera de texto). Se comprende que las compensaciones que se le hace a sus cooperados, deben estar en proporción a su rendimiento, pues al tener un sustento sólido, al ser sus finalidades armónicas con el Estado social de derecho, al contribuir al logro de un orden económico y social justo.

El problema planteado aquí es, si la autorización que se le confiere a las cooperativas de trabajo asociado para establecer su propio régimen de trabajo, de seguridad social y de compensación viola la Constitución. Es claro, que la facultad que tienen los asociados para autorregularse, no significa que le legislador no pueda reglamentar algunos asuntos relacionados con ellas; al no ser Absoluta esta facultad de regulación, no pueden los estatutos, reglamentos o manuales limitar o desconocer los derechos de las personas en general y de sus trabajadores en forma especial, ni menos aún contrariar los principios

y valores constitucionales, ya que en caso de infracción tanto de la cooperativa como sus miembros deberán responder ante las autoridades correspondientes, como lo ordena el artículo 6 de la CP.

En ellas la libertad de asociación están regidas , por una amplia autonomía configurativa de los asociados, que no están excluidas de una adecuada razonabilidad constitucional, en los distintos aspectos que las mismas involucran, como sería una posible afectación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas a dicha actividad de empresa, como consecuencia del alcance de sus estipulaciones. Siendo consecuente en caso de presentarse alguna infracción a la constitución y a las leyes, correspondería a las autoridades competentes analizar en cada caso particular y concreto si estas se ajustan a sus preceptos y en especial si respetan los derechos fundamentales del trabajador, a través de una impugnación ante el Juez civil municipal, por medio de un proceso especial declarativo abreviado, contemplado en el artículo 45 de la ley 79 de 1988.

Debido a la naturaleza misma de las cooperativas de trabajo asociado, la retribución que reciben los asociados por su trabajo no es salario, sino una compensación, que se fija teniendo en cuenta los factores:

1. La función que cada trabajador cumple
2. La especialidad
3. El rendimiento
4. La cantidad y
- 5 la Calidad del trabajo aportado

La protección que la constitución ordena al trabajo, no es exclusivamente el trabajo subordinado, sino éste en todas sus modalidades. En la Sentencia T-475 de 1992, ha dicho la corte¹⁰⁰: *“No sólo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo. La Constitución más que al trabajo como actividad abstracta protege al trabajador y su dignidad. De ahí el reconocimiento a toda persona del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, así como*

¹⁰⁰ Sentencia T-475/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

la manifestación de la especial protección del Estado "en todas sus modalidades"(CP art, 25)"

Así las cosas las CTS, no pueden vulnerar derechos fundamentales, como el derecho al trabajo de sus cooperados, argumentando su autonomía de origen legal (ley 79 de 1988) para la elaboración de los estatutos, y reglamentos si estos no respetan la normatividad Constitucional contemplada en el art, 53 de la CP.

En el caso concreto, que la Snarecoop, decidió a través de su consejo de Administración cambiar la forma de pago de las compensaciones a sus cooperados, que se venía haciendo por jornada – evento, a la forma de pago de la modalidad jornada – pool, es violatoria de la Constitución, al no considerar lo normado en su art 53 CP; y aduciendo que se ha sometido a sus estatutos, sin especificar en forma clara y precisa en que consiste la nueva forma de pago de las compensaciones; para hacer más ilustrativa y comprensión del problema planteado, que lleve a clarificar la ilegalidad de la decisión, se hace el siguiente cuadro comparativo entre las

dos modalidades contempladas de forma de compensar, para así en forma objetiva deducir la inconstitucionalidad de la forma de pago de la modalidad jornada – pool.

Cuadro esquemático y comparativo entre las dos modalidades de pago de las compensaciones que ha realizado Snarecoop.¹⁰¹

CONCLUSIONES:

Las Cooperativas de trabajo asociado, no pueden a través de sus órganos de administración, como son la Asamblea General, el Consejo de Administración, junta de vigilancia, intervenir en la modificación del pago de las compensaciones de sus afiliados, en nombre del cumplimiento de los estatutos; sino que tienen que someterse al ordenamiento jurídico, que lo regula, siendo el trabajo un derecho fundamental, que es considerado de orden público y de rango constitucional, que incorpora por el bloque de constitucionalidad, los tratados

¹⁰¹ Cuadro elaborado por el autor, para explicar las diferencias conceptuales de las dos modalidades que ha tenido la cooperativa de Trabajo Asociado de la Sociedad Nortasantandereana de Anestesiología – Snarecoop. En el entendido del planteamiento del problema, que la modalidad anterior de pago por jornada eventos, se ajusta a la constitución y a la ley; de donde se puede observar que la nueva modalidad, denominada jornada – pool, viola la normatividad que protege al núcleo esencial del trabajo

y convenios Internacionales de la OIT, ratificados por Colombia.

	JORNADA - EVENTO	JORNADA - POOL
Definición.	Es la asignación de una jornada de 6 horas, al médico anesthesiologo, para que realice sus competencias al administrar anestesiologias, tanto en los procedimientos de cirugía electiva o de urgencias; debiendo facturar cada uno de los procedimientos por él efectuados durante su jornada y la sumatoria de lo facturado durante esta jornada es el valor a compensar, luego del trámite administrativo ¹⁰²	Es la asignación de una jornada de 6 horas, al médico anesthesiologo, para que realice sus competencias al administrar anestesiologias, tanto en los procedimientos de cirugía electiva o de urgencias; debiendo facturar cada uno de los procedimientos por él efectuados durante su jornada. El valor a compensar depende del rendimiento y productividad de los demás anesthesiologo, pues el valor de la Jornada por él efectuada se conoce al final del mes, del resultado de la sumatorio de lo facturado por cada uno de los Anesthesiologos al ser divididos por el número de total de jornadas de todos los anesthesiologos.
Característica	Facturación de cada jornada	Facturación de todas las jornadas- mes de todos los anesthesiologos a quien se le asigne jornada
Cualidad	Pago por su actividad realizada	Pago por su actividad realizada, pero además dependiendo de las actividades realizadas por los demás anesthesiologos
Principio Constitucional fundamental	A Igual trabajo, igual pago	Violatorio del principio de igual trabajo, igual pago (al depender de la productividad de los otros)
Artículo 53 CP	De acuerdo con el art 53 CP, pago proporcional a la cantidad y calidad	En contra senso con el articulo 53 CP
Principio de igualdad al trabajo	Si	Igualdad a la inversa; quién produce más, puede eventualmente compensar menos.
Control	Auto control	Control por la Junta de Vigilancia: no existe.
Aporte laboral	Se reconoce su verdadero aporte de trabajo	Se subsidia al que trabaje menos, con el trabajo de los demás
Principio de primacia de la realidad	Está contemplado	No está contemplado, se enmascara con la asignación de compensación por jornada, al no especificar su forma matemática de pago, y los resultados de la productividad de cada anesthesiologos, solo los conoce y evalúa los miembros del Consejo de administración, colocándose en posición dominante con respecto de los demás cooperados que asisten al Hospital en un estado de sujeción especial con respeto de los miembros del consejo de administración que también trabajan como cooperados en el hospital.
Variable de trabajo	Independiente; sólo depende de su trabajo realizado durante su jornada	Dependiente; depende del aporte de trabajo de los demás cooperados
Financiamiento a los demás	No; solo de su trabajo personal	Si; aporta para compensar a quienes tuvieron menos productividad
Principio de Productividad constitucional	Si, en concordancia con el articulo 53 CP	No, violatorio del articulo 53 CP

¹⁰² Ley 6 de 1991, artículo 1 y 4; en donde se define el ejercicio de la anestesiología como especialidad médica, y sus requisitos para administrarla.

Sentencia T-475/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Villamil Portilla, Edgardo. Algunas tendencias de la Jurisprudencia de la sala civil de la corte suprema de Justicia en materia de derechos Fundamentales. XXVII Congreso colombiano de Derecho Procesal. 2006

Referencias bibliográficas

Burgos, José Germán.(2010). Estado de derecho: del modelo formal al sustancial. Revista diálogos de Saberes.

Cepeda Espinosa, Manuel José. (2007) Polémicas constitucionales. Legis. Colombia

Código sustantivo del trabajo; art 5, 14.

Decreto 2423 de 1996, Manual de tarifas soat.

Forero Salcedo, José Roy. (2006). Garantías Constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado desde la óptica de un derecho disciplinario autónomo. Diálogos de Saberes. No 25. Universidad Libre.

Ley 6 de 1991, El ejercicio de la anestesiología en Colombia

Monroy Cabra, Marco Gerardo. (2005)La interpretación Constitucional. Librería ediciones del profesional, segunda edición: Bogotá

Sentencia C-016/98 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz

Sentencia T-394/99 M.P. Martha SÁCHICA de Moncaleano

Sentencia C-855/09 Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

Sentencia No. T-406/92 MAGISTRADO PONENTE: CIRO ANGARITA BARON