



COMUNICADO No. 23

Mayo 25 y 26 de 2011

LA AUSENCIA DE ALGUNO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA A TODA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD, IMPIDE ADOPTAR UNA DECISIÓN DE FONDO

LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PARAFISCALES POR UNA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO DEBE SER CONTRATADA POR EL GOBIERNO NACIONAL Y NO DIRECTAMENTE POR EL FONDO CREADO POR LA LEY

I. EXPEDIENTE D-8230 Sentencia C-436/11 (Mayo 25)
M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

II. EXPEDIENTE D-8312 Sentencia C-437/11 (Mayo 25)
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. Norma acusada

LEY 1395 DE 2010
(Julio 12)

Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial

ARTÍCULO 9º. Se adiciona el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil con el siguiente parágrafo:

PARÁGRAFO. En todo caso, salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada, ni a seis (6) meses para dictar sentencia en segunda instancia, contados a partir de la recepción del expediente en la Secretaría del Juzgado o Tribunal.

Vencido el respectivo término sin haberse dictado la sentencia, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al Juez o Magistrado que le sigue en turno, quien proferirá la sentencia dentro del término máximo de dos (2) meses. Sin embargo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá asignar el proceso a otro Juez o Magistrado si lo considera pertinente. El Juez o Magistrado que recibe el proceso deberá informar a la misma Corporación la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará a un juez itinerante o al de un municipio o circuito cercano que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Para la observancia de los términos señalados en el presente parágrafo, el Juez o Magistrado ejercerá los poderes de ordenación e instrucción, disciplinarios y correccionales establecidos en la ley.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para emitir pronunciamiento de fondo respecto del artículo 9º de la Ley 1395 de 2010, por haberse presentado una ineptitud sustancial de la demanda.

3. Fundamentos de la decisión

La Corte encontró que en el presente caso no era posible llevar a cabo la confrontación objetiva entre la norma legal impugnada y la Carta Política propia del juicio de inconstitucionalidad, por cuanto la acusación que se formula por la presunta vulneración del principio de igualdad, el debido proceso, las formas propias de cada juicio, la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y el principio de unidad de materia, se apoya en contenidos normativos que no son reales y ciertos. Un detenido análisis de la demanda llevó a concluir que no se estructuró un verdadero cargo de inconstitucionalidad, ni se expresaron razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, como lo exige la ley y la jurisprudencia constitucional, para que el tribunal constitucional pueda realizar el análisis material de la norma acusada. Al no formularse cargos de inconstitucionalidad en debida forma, impide que la Corte pueda proferir una decisión de fondo sobre la constitucionalidad de la disposición legal demandada.

1. Norma acusada

LEY 26 DE 1989
(Febrero 9)

Por medio de la cual se adiciona la Ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones sobre la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo

ARTÍCULO 5º. Créase el Fondo de Protección Solidaria, "Soldicom", en beneficio de los distribuidores minoristas de los combustibles líquidos derivados del petróleo con el fin de:

- Velar por su seguridad física y social;
- Realizar estudios técnicos sobre el mercado, administración y rentabilidad de la distribución de los derivados del petróleo;
- Realizar programas sobre aseguramiento y prevención de riesgos de su actividad;
- Prestarles asistencia financiera, educativa, técnica y administrativa en sus establecimientos de distribución de petróleo y sus derivados; y
- Darles apoyo para la dotación y adecuación de sus establecimientos a fin de que cumplan con el servicio público de manera eficiente.

ARTÍCULO 6º. El Fondo de Protección Solidaria, "Soldicom", tendrá personería jurídica y será un ente de carácter privado sin ánimo de lucro.

ARTÍCULO 7º. El Fondo de Protección Solidaria, "Soldicom", será administrado por la Federación o Federaciones de distribuidores minoristas de combustibles líquidos del petróleo, a nivel nacional, que agrupen por lo menos el treinta por ciento (30%) de ellos, debidamente acreditadas ante el Ministerio de Minas y Energía. Los estatutos y sus reformas, para su funcionamiento, deberán ser aprobados por el Ministerio de Minas y Energía.

ARTÍCULO 8º. El patrimonio del Fondo de Protección Solidaria, "Soldicom", estará conformado por:

- El 0.5% del margen de rentabilidad señalado por el Gobierno al distribuidor minorista de combustibles líquidos derivados del petróleo por cada galón de gasolina, el cual será retenido a todo minorista en la forma que indique el Gobierno Nacional;
- Por las cuotas ordinarias y extraordinarias que determinen las respectivas asambleas de afiliados; y,
- por las demás fuentes de ingresos propios de las Asociaciones Civiles, determinados por la Asamblea General.

ARTÍCULO 9º. El Fondo de Solidaridad Social "Soldicom", en ningún caso podrá ser garante de sus afiliados o de terceras personas.

2. Decisión

Primero.- Declarar la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 7º de la Ley 26 de 1989, por el cargo de vulneración del artículo 150-9 y 189, numerales 20 y 23 de la Carta Política, en el entendido de que el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y Energía deberá suscribir el contrato con la Federación o Federaciones de distribuidores minoristas de combustibles líquidos del petróleo, para la administración de los recursos parafiscales del Fondo de Solidaridad "Soldicom".

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 5º, 7º y 8º de la Ley 26 de 1989, por el cargo relativo a la vulneración de los artículos 150-12 y 338 de la Constitución Política.

Tercero.- Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo respecto de los cargos por vulneración de los artículos 2º, 13 y 363 de la Carta Política y respecto de los artículos 6º y 9º de la Ley 26 de 1989.

3. Fundamentos de la decisión

De manera previa, la Corte encontró que en relación con los cargos formulados respecto de los artículos 6º y 9º de la Ley 26 de 1989, los argumentos esgrimidos por el actor adolecen de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia, por cuanto presentan un razonamiento confuso y oscuro que no permite comprender cuál es el concepto de la violación alegada, ni permite identificar una hipótesis de contradicción normativa entre las disposiciones acusadas y los enunciados normativos constitucionales relativos al derecho de participación (art. 2º C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y a la necesidad y excepcionalidad del Fondo "Soldicom" (art. 363 C.P.). En realidad, los razonamientos esbozados por el demandante corresponden a una apreciación subjetiva y son más de carácter práctico o de conveniencia y no de naturaleza constitucional, por lo cual no permiten realizar un examen y decisión de fondo respecto de los artículos 6º y 9º.

De otro lado, la Corte reiteró la interpretación sistemática de los artículos 150-9, 189, numerales 20 y 23 de la Constitución y del artículo 29 de Decreto 111 de 1996, según la cual, es necesaria la contratación por parte del Gobierno Nacional cuando sea una persona jurídica de derecho privado la que se encargará del manejo, administración, recaudo e inversión de las contribuciones parafiscales creadas por ley de manera excepcional. Lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de contribuciones parafiscales que emanan de la soberanía del Estado, así como la importancia, magnitud y finalidad de esos contratos destinados al recaudo, administración y ejecución de recursos públicos. Igualmente, la Corte reiteró que los recursos parafiscales pueden ser administrados tanto por entidades públicas como por personas jurídicas de derecho privado y que en este último caso el legislador, en desarrollo de la potestad de configuración que le asiste, tiene la facultad para determinar la entidad de carácter privado que vaya a administrar estos recursos, siempre y cuando se garantice una estructura democrática y participativa en la administración de los mismos.

En el caso concreto, la Corte encontró que, contrario a lo que sostiene el actor, el artículo 7º de la Ley 26 de 1989, contiene la autorización para que el Fondo de Solidaridad "Soldicom" contrate la administración de sus recursos, en la medida que ordena que dicha administración estará a cargo de la Federación o Federaciones de distribuidores minoristas de combustibles líquidos del petróleo a nivel nacional, que agrupen por lo menos el treinta por ciento (30%) de ellos. Señaló que en consonancia con los artículos 150-12 y 189, numerales 20 y 23 de la Carta Política, la norma acusada no ofrece reparo u objeción alguna de índole constitucional en relación con la persona de derecho privado que se encargará de la administración del Fondo de Solidaridad "Soldicom". Sin embargo, advirtió que la disposición legal permite realizar dos interpretaciones igualmente posibles, una de las cuales es inconstitucional. En efecto, según el artículo 7º de la Ley 26 de 1989, podría entenderse que el Fondo de Solidaridad "Soldicom", como persona jurídica de derecho privado estaría habilitado para contratar directamente la administración de dicho Fondo con otra persona de derecho privado autorizada en el

artículo 7º de la misma ley, cual es la Federación o Federaciones de distribuidores minoristas de combustibles líquidos del petróleo, determinada por el propio legislador, que actualmente se encuentra en cabeza de "Fendipetróleo Nacional". Para la Corte, esta interpretación es claramente inconstitucional, por cuanto se encuentra en contravía de la lectura sistemática y del alcance normativo dado por la jurisprudencia constitucional a los artículos 150-, 189, numerales 20 y 23 y el artículo 29 del Decreto 111 de 1996 (compilación normas orgánicas del presupuesto), de conformidad con la cual, cuando la entidad encargada de administrar recursos parafiscales sea una persona jurídica de derecho privado por expresa disposición del legislador, el contrato para la administración de estos recursos públicos deberá celebrarse directamente por el Gobierno Nacional. De otra parte, es posible realizar una segunda interpretación, según la cual, la administración del Fondo de protección Solidaria "Soldicom" se llevará a cabo a través de un contrato celebrado entre el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Minas y energía, con la persona jurídica de derecho privado fijada por el propio legislador.

Por tal motivo y con el fin de evitar que la norma se interprete en el sentido que el Fondo de Solidaridad "Soldicom" puede contratar directamente sin contar con el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, la Corte declaró una exequibilidad condicionada en el sentido de fijar cuál debe ser la interpretación conforme a la Constitución del artículo 7º de la Ley 26 de 1989.

En cuanto a los cargos formulados por el presunto desconocimiento de los artículos 150-12 y 338, en relación con los artículos 5º, 7º y 8º de la Ley 26 de 1989, la Corte determinó que no estaban llamados a prosperar, habida cuenta que en los citados artículos se prevén en detalle todos los elementos que conforman el régimen de los recursos parafiscales regulados por la mencionada ley. De esta manera, se cumple con los principios de legalidad y certeza de la obligación tributaria consagrados en la Constitución, lo que condujo a la declaratoria de exequibilidad de los citados artículos, por los cargos examinados.

Finalmente, la Corte aclaró que el presente fallo tendrá efectos inmediatos y hacia el futuro.

4. Aclaraciones de voto

Los magistrados María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, se reservaron la posibilidad de presentar una eventual aclaración de voto.

VIABILIDAD DE INCLUIR ARTÍCULOS RELACIONADOS CON LA TEMÁTICA PROPIA DE UNA LEY MARCO EN UNA LEY ORDINARIA

III. EXPEDIENTE D-8327 Sentencia C-438/11 (Mayo 25)
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

1. Norma acusada

LEY 1306 DE 2009
(Junio 5)

Por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de representación legal de los incapaces emancipados

Artículo 82. Garantías. Quien deba ejercer el cargo de guardador deberá otorgar una caución para responder ante el pupilo por sus actuaciones.

Dicha garantía consistirá en una póliza de seguros o bancaria hasta por la cuantía que determine el juez. En efecto de esta póliza se podrá aceptar hipoteca o prenda sin tenencia del acreedor sobre bienes cuyo valor sea igual o superior al monto fijado por el juez.

Cuando un guardador no tenga capacidad económica para otorgar las contragarantías exigidas por la entidad fiadora, ni inmuebles para hipotecar, el juez con conocimiento de causa podrá relevarlo del cargo, pero si considera conveniente para el pupilo que el guardador asuma, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras avalará al obligado, directamente o ante la entidad fiadora.

2. Decisión

Primero.- Declararse **INHIBIDA** por ineptitud sustantiva de la demanda en relación con el cargo de unidad de materia propuesto por el actor.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado, el aparte demandado del inciso tercero del artículo 82 de la Ley 1306 de 2009, *"por la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de representación legal de los incapaces emancipados"*.

3. Fundamentos de la decisión

En primer término, la Corte encontró que debía inhibirse en relación con el cargo por violación de unidad de materia, en razón de no cumplir con los requisitos exigidos para sustentar el concepto de violación de la Constitución, indispensables para proferir un fallo de fondo.

La Corte precisó que la norma demandada parcialmente hace parte de la Ley 1306 de 2009, la cual está dirigida a la protección de personas en estado de incapacidad o de disminución física o mental. Se encamina a modernizar las normas de protección de estas personas, adaptándolas a la Constitución de 1991 y a las convenciones internacionales que sobre la materia han sido ratificadas por Colombia y en especial, para garantizar su inclusión social, como sujetos de especial protección constitucional.

En concreto, la disposición cuestionada se refiere a una de las formalidades que deben cumplir los guardadores designados para representar a las personas con discapacidad mental, relativa al otorgamiento de una caución en garantía de sus derechos, consistente en una póliza de seguros o bancaria en la cuantía que determine el juez o en su defecto, en una hipoteca o prenda sin tenencia en valor que igualmente fije el juez. En particular, en la demanda se cuestiona la exigencia legal de que el Fondo de Garantías Financieras, FOGAFIN preste su concurso para avalar a un guardador que no tenga recursos suficientes para poder tomar en el mercado financiero la garantía que se le exige como protección de los intereses del incapaz objeto de la medida de protección. En concepto del actor, la Ley 1306 de 2009 no es una ley marco, por lo que no podía ordenar una acción a FOGAFIN, en contravía de lo que establece el artículo 150-19, literal d).

La Corte observó que el vicio formal de inconstitucionalidad alegado por el demandante se basa en un supuesto normativo equivocado, por cuanto las leyes marco y las leyes ordinarias, por disposición del propio constituyente, se tramitan de igual manera. La jurisprudencia ha precisado que la violación a la Carta Política sólo devendría en el evento en que los temas de carácter general previstos en el artículo 150-19 de la Constitución llegaren a regularse de manera detallada y concreta, lo cual corresponde al Gobierno y no al Congreso. Precisamente, la finalidad de las leyes marco es señalar con normas de tipo general, los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno cuando proceda a desarrollar las materias enunciadas en el artículo 150-19 superior. El supuesto planteado en la norma acusada es el de una ley ordinaria que claramente puede regular los

temas de una ley marco; en tanto las leyes marco no difieren por su trámite de las leyes ordinarias, no resulta inconstitucional la inclusión de normas marco en leyes que de manera prevalente no lo son, siempre y cuando se satisfaga el requisito de unidad de materia y el grado de amplitud que debe caracterizar a las prescripciones que regulan los asuntos objeto de leyes generales o marco.

A juicio de la Corte, la función asignada a FOGAFIN mediante el inciso tercero del artículo 82 de la Ley 1306 de 2009, no vulnera el artículo 150-19 de la Constitución, pues hace parte de una ley ordinaria y, como ya se indicó, es posible dentro del diseño constitucional, incluir artículos relacionados con una temática propia de una ley marco en una ley ordinaria, dado que de ambas se predica el mismo trámite legislativo. De igual modo, no se desatiende la iniciativa gubernamental que exigen ciertas materias reguladas por ley marco. En consecuencia, el cargo formulado no estaba llamado a prosperar y su análisis llevó a concluir en la exequibilidad del inciso tercero del artículo 82 de la Ley 1306 de 2009.

EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN DE LLEVAR ANIMALES EN VEHÍCULOS DE TRANSPORTE TERRESTRE PÚBLICO DE PASAJEROS, EN DETERMINADAS CONDICIONES

IV. EXPEDIENTE D-8314 Sentencia C-439/11 (Mayo 25) M.P. Juan Carlos Henao Pérez

1. Norma acusada

LEY 769 DE 2002
(Agosto 6)

Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre

ARTICULO 87. De la prohibición de llevar animales y objetos molestos en vehículos para pasajeros. En los vehículos de servicio público de pasajeros no deben llevarse objetos que pueda atentar la integridad física de los usuarios; **ni animales**, salvo que se trate de perros lazarillos. El equipaje deberá transportarse en la bodega, baúl o parrilla

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** la expresión *"ni animales"* contenida en el artículo 87 de la Ley 769 de 2002 bajo el entendido que se exceptúan de dicha prohibición los animales domésticos siempre y cuando sean tenidos y transportados en condiciones de salubridad, seguridad, comodidad y tranquilidad, según las reglas aplicables.

3. Fundamentos de la decisión

La Corte Constitucional ha reconocido en diferentes providencias que la tenencia de animales domésticos es una expresión de derechos fundamentales, ya que no hay duda que ese estrecho vínculo que surge entre el animal y el hombre con ocasión de su convivencia, constituye una expresión positiva del ejercicio inherente al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), entendido como el derecho a la autodeterminación o libertad general de acción, que se vulnera cuando al individuo se le impide, de forma arbitraria o desproporcionada, alcanzar, ejercer o perseguir aspiraciones legítimas en relación con sus elecciones. Además, constituye una manifestación del derecho a la intimidad (art. 15 de la C.P.), que se desarrolla en el ámbito de la vida privada personal y familiar, inmune a intromisiones extremas que impidan, por ejemplo, el derecho de convivir con una mascota sin más limitaciones que las impuestas por los derechos de los demás y el orden jurídico, de manera que la Corte no puede negar que tales derechos deben ser objeto de protección y garantía jurídica.

Al mismo tiempo, la Corte ha reconocido que la convivencia de los seres humanos con los animales domésticos no es ajena a diversas controversias entre quienes construyen lazos de afecto con sus mascotas, aprecian su compañía o necesitan de sus animales por razones de discapacidad física o subsistencia económica y aquellos que prefieren mantener distancia ellos, al punto extremo de rehusarse a compartir los mismos espacios que impone la convivencia cotidiana en comunidad. De allí, que la Corte haya mediado en ocasiones, para resolver la tensión que surge entre los derechos de los tenedores de animales y quienes se oponen a su permanencia en zonas abiertas al público, avalando, por ejemplo, la posibilidad de permanencia de ejemplares caninos en edificaciones sometidas al régimen de propiedad horizontal, siempre que sus dueños se sometan a algunos condicionamientos dirigidos a preservar la seguridad y salubridad de los habitantes de las unidades residenciales (Sentencia T-035/97).

En la presente demanda se formula un problema similar, aunque con algunas complejidades derivadas de las condiciones propias del servicio público de pasajeros en Colombia. De esta forma, no sólo se plantea una tensión entre los derechos de los usuarios de este servicio a la seguridad, salubridad y comodidad y los derechos de los tenedores de mascotas al libre desarrollo de la personalidad, intimidad y locomoción, sino una verdadera tensión respecto del derecho a la igualdad frente al acceso a los sistemas de transporte de pasajeros de unos y otros.

Efectuada la ponderación de la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de prohibir el acceso de animales en los vehículos de servicio público de pasajeros, la Corte encontró que la prohibición de transportar animales en el servicio público automotor de pasajeros resulta compatible con la Constitución sólo en relación con las especies clasificadas por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y sus normas concordantes, como "fauna silvestre", en relación con la cual existe una expresa prohibición de tenencia para los particulares. Así, dentro de esta clasificación se ubican las denominadas "fieras", animales "salvajes" y aún animales salvajes que han sido "domesticados", al estar de por medio la finalidad constitucional de conservación y preservación del patrimonio biológico del país.

Para la Corte, en cambio, tal medida no se encuentra proporcional ni necesaria respecto de animales domésticos tipo mascota, pues existen medidas diferentes de la prohibición de transportarlos en el servicio público que también permiten alcanzar niveles de salubridad, seguridad y comodidad a los usuarios sin necesidad de sacrificar derechos fundamentales de minorías tenedoras de mascotas.

En relación con el sistema de transporte automotor mixto la Sala destaca que este se encuentra especialmente diseñado para el transporte de pasajeros y bienes –entre ellos animales-, por lo cual no encuentra impedimento alguno para restringir la movilización de éstos en el sistema mixto. Tampoco encuentra reparo la Sala para que las mascotas puedan ser transportadas a través del servicio terrestre automotor individual de pasajeros, en el cual no se pone en peligro la salubridad, seguridad y comodidad de terceros, siempre que el usuario cumpla con las condiciones de higiene, salubridad y seguridad exigidas por la ley a los tenedores de mascotas y en consonancia con los

reglamentos transitorios que para el efecto establezcan las empresas operadoras hasta tanto el tema sea regulado por las autoridades competentes.

Respecto del transporte público automotor colectivo de pasajeros, la Corte consideró que era posible el transporte de mascotas de talla pequeña a mediana, siempre que sus tenedores portaran el carnet de vacunación exigido por la Ley 9 de 1979 y su decreto reglamentario 2257 de 1986, así como que éstos fuesen transportados en bolsas, contenedores o maletas o mediante el uso de bozal y trailla en los términos de la citada Ley 746 de 2002. Lo anterior, porque acudiendo a la ficción que establece el Código Civil, los animales de talla pequeña y mediana se asimilan a bienes muebles de igual tamaño que a diario ingresan a este tipo de vehículos, de forma que los paquetes de tales dimensiones son autorizados por los reglamentos de los operadores de estos servicios, sin que por ello se afecte la comodidad media que hoy día ofrecen los mencionados medios de transporte. En consecuencia y, hasta tanto sea reglamentado por las autoridades competentes, el operador o administrador del servicio podrá precisar en el reglamento, aspectos como la dimensión de dichos bolsos, carteras y contenedores.

En lo que respecta a animales de tallas grandes, la finalidad de comodidad impone que no sea posible el traslado de animales domésticos como vacas, bueyes o caballos en el transporte colectivo de pasajeros, pero nada impide el traslado de "mascotas" de tallas grandes, siempre que para garantizar la comodidad de los usuarios, el operador del servicio o el administrador del sistema de transporte masivo de pasajeros fije en sus reglamentos, para el acceso de mascotas de estas tallas, las condiciones en que se haría viable su traslado, esto es, las rutas, los horarios habilitados, los vehículos, así como el importe o costo por el espacio físico que llegaren a ocupar dentro de los vehículos de servicio público. Lo anterior, con el fin de asegurar el derecho de los tenedores de mascotas de transportarse con ellas en el sistema público sin sacrificar sus derechos ni derechos de terceros, hasta tanto el legislador o autoridad competente regule de manera integral este aspecto y señale las condiciones generales en que este derecho puede materializarse.

Así las mascotas deberán transportarse de la forma señalada en el artículo 108, literal c) de la Ley 746 de 2002. De igual forma los reglamentos no podrán fijar condiciones que impliquen obstáculos insalvables para hacer posible esta medida de acceso al transporte público de pasajeros.

Concluye la Corte que admitir una prohibición absoluta resultaría desproporcionado y limitante de los derechos a la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y de locomoción de los tenedores de los animales, en la medida que sus dueños están en capacidad de garantizar condiciones de seguridad y salubridad mediante la observancia de reglas contenidas en la Ley 84 de 1989 y la Ley 746 de 2002, así como condiciones de comodidad de los usuarios mediante el uso de los medios autorizados por la ley para su transporte. Se trata en ese orden, de reconocer valores como la tolerancia y sana convivencia que pueden ponerse en práctica gracias al momento coyuntural por el cual atraviesa el país en que se desarrollan e implementan sistemas masivos de transporte en las grandes ciudades.

En ese orden, la Corte determinó que el transporte público debe garantizar el goce efectivo del derecho a la locomoción de las personas junto con sus animales domésticos, tenidos y transportados en las condiciones de salubridad, seguridad, comodidad y tranquilidad previstas en las reglas aplicables. En este sentido, condicionó la exequibilidad de la expresión "ni animal" contenida en el artículo 87 de la Ley 769 de 2002.

4. Aclaraciones de voto

Los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub se reservaron la presentación de una eventual aclaración de voto, sobre los fundamentos de esta decisión.

Por su parte, el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto aclaró el voto en cuanto considera que la prohibición que se declara constitucional es una regla general adecuada y proporcional, pero que debe ser excepcionada por la ley o el reglamento respetando condiciones de salubridad, seguridad y razonabilidad. Observó que la regla general en la comprensión del condicionamiento deja de tener vigencia luego de que el reglamento establezca los requisitos para que no se afecten dichas condiciones.

AFILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES A CAJAS DE COMPENSACIÓN FAMILIAR NO CONFIGURA UNA MEDIDA REGRESIVA EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES

V. EXPEDIENTE D-8330 Sentencia C-440/11 (Mayo 25)
M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

1. Norma acusada

LEY 633 DE 2000 (Diciembre 29)

Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial

ARTICULO 72. AFILIACION DE LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA. El Gobierno promoverá la legislación para la incorporación voluntaria de los trabajadores por cuenta propia a las Cajas de Compensación Familiar, mediante el pago mensual del dos por ciento (2%) de sus ingresos reales, con una base mínima de dos (2) salarios mínimos, con derecho a todos los servicios que las cajas ofrecen, exceptuando el subsidio monetario; y para programas voluntarios de ahorro programado que se creen para el acceso a la vivienda en el caso de estos trabajadores. Los programas de ahorro voluntario para vivienda podrán extenderse a trabajadores afiliados a las Cajas de Compensación, del sector formal.

LEY 789 DE 2002 (Diciembre 27)

Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo

ARTÍCULO 19. RÉGIMEN DE AFILIACIÓN VOLUNTARIA PARA EXPANSIÓN DE COBERTURA DE SERVICIOS SOCIALES. Habrá lugar a un aporte a las Cajas de Compensación Familiar del 0.6% sobre una base de 1 UVT, sin que dicha suma otorgue derechos para el pago de subsidios, limitándose el beneficio a las actividades de recreación, capacitación y turismo social en igualdad de condiciones frente a los demás afiliados a la Caja, cuando se presente uno cualquiera de los siguientes casos, sin perjuicio de los períodos de protección previstos en esta ley por fidelidad:

- Cuando los empleadores que no estando obligados a cotizar a las Cajas de Compensación Familiar respecto de trabajadores beneficiarios del régimen especial de aportes de que trata el artículo 13 de esta Ley, decidan realizar el aporte mencionado, por el trabajador beneficiario del régimen especial de aportes;
- Los trabajadores independientes que decidan afiliarse a una Caja de Compensación Familiar, conforme el principio de libertad de escogencia que deberá ser respetado por parte de la respectiva Caja.

Para que un trabajador independiente se afilie, con su grupo familiar, y mantenga su vinculación con una Caja, se hace exigible su afiliación previa al sistema de salud, siendo la base de ingresos para aportar al sistema de Cajas la misma base de aporte que

exista para el sistema de salud y en todo caso no inferior a la que se utilice dentro del sistema de pensiones;

c) Las personas que estando vinculadas a una Caja de Compensación Familiar pierdan el empleo y decidan continuar vinculados a la entidad en los términos previstos en esta norma en su calidad de desempleados, una vez vencido su período de protección.

PARÁGRAFO 1o. Cuando el desempleado aporte el ciento por ciento (100%) de la cotización del dos por ciento (2%) sobre la base de 41 UVT, tendrá todos los mismos derechos que tienen los demás afiliados salvo al subsidio monetario. Esta misma regla se aplicará al trabajador independiente que aporte el dos por ciento (2%) sobre sus ingresos, conforme el sistema de presunciones establecido dentro del régimen de salud. En todo caso las cajas podrán verificar la calidad de la información sobre los ingresos del afiliado para dar cumplimiento a lo previsto en esta ley, o para hacerle dar cumplimiento a las normas generales sobre aporte.

2. Decisión

Declarar la **EXEQUIBILIDAD**, por los cargos analizados, de las expresiones "... Exceptuando el subsidio monetario ..." y "... salvo el subsidio monetario ..." contenidas en el artículo 72 de la Ley 633 de 2000 y en el párrafo 1º del artículo 19 de la Ley 789 de 2002, respectivamente.

3. Fundamentos de la decisión

La Corte estableció que las disposiciones demandadas apreciadas en su conjunto, contrariamente a lo sostenido por el demandante, no son regresivas, sino que avanzan en el desarrollo progresivo de la seguridad social, en este caso, en el ámbito propio del subsidio familiar, al incluir la posibilidad de que los trabajadores independientes y los desempleados accedan, así sea parcialmente, a un conjunto de prestaciones que se habían desarrollado en el ámbito de la relación laboral y beneficiaban únicamente a los trabajadores dependientes.

Indicó que si bien es deseable que en la línea señalada por el demandante, hacia el futuro se continúen los esfuerzos orientados a hacer menos gravosa la situación de los trabajadores independientes y de los desempleados y a diseñar mecanismos que permitan extenderles algunos de los beneficios que hoy por hoy surgen de la relación laboral dependiente, no puede desconocerse que la manera de hacerlo, la selección de cuáles serían los beneficios y el modo de financiarlos entran en el ámbito de configuración del legislador, y que en esa línea, se incluyeron algunas previsiones en la propia Ley 789 de 2002, a las que el demandante no alude.

En esa línea, el reconocimiento de subsidio monetario es una prestación concebida a cargo de los empleadores y por eso se desenvuelve en el ámbito de la relación laboral dependiente. Supone la obligatoriedad de la afiliación y la diferenciación entre quienes tienen altos ingresos, y que no acceden al subsidio y quienes se ubican en la escala inferior del ingreso y serían acreedores al beneficio monetario, así como el establecimiento de un sistema solidario de transferencia entre unos y otros. Si se reconociera a todos los desempleados y trabajadores independientes que se afiliaran voluntariamente, se pondría sobre el fondo común que administran las cajas de compensación una carga adicional, claramente deficitaria frente a los ingresos adicionales que tendría el sistema, con evidente impacto sobre la viabilidad del mismo.

La Corte advirtió que lo que el demandante en realidad cuestiona es la inexistencia de un sistema específico de subsidio familiar orientado a los desempleados y a los trabajadores independientes, lo cual constituye una omisión absoluta, la cual escapa al control de constitucionalidad que corresponde a esta Corte.

En consecuencia, no resulta contrario a la Constitución, el abrir la posibilidad de que los trabajadores independientes y desempleados de manera voluntaria y por cuenta propia, se afilien a las cajas de compensación familiar para acceder a algunos de los beneficios por ellas ofrecidos, que se les exceptúe del subsidio monetario.

INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD IMPIDE PROFERIR UN FALLO DE FONDO SOBRE LA LEY 1330 DE 2009

VI. EXPEDIENTE D-8289 Sentencia C-441/11 (Mayo 25)
M.P. Juan Carlos Henao Pérez

1. Norma acusada

LEY 1330 DE 2009 (Julio 17)

Por la cual se adiciona la Ley 793 de 2002 y se establece el trámite abreviado y el beneficio por colaboración

ARTÍCULO 1o. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. La presente ley tiene por objeto la aplicación de mecanismos que permitan imprimir celeridad y proferir decisiones definitivas sobre los bienes sometidos al trámite de extinción del dominio.

ARTÍCULO 2o. OPORTUNIDAD. A partir de la resolución que decrete el inicio del trámite de extinción y, hasta antes de surtir el traslado de que trata el numeral 7 del artículo 13 de la Ley 793 de 2002, quien pretenda acogerse al beneficio que consagra esta ley podrá solicitar la celebración de un acuerdo de entrega voluntaria de bienes para que se profiera sentencia anticipada de extinción del dominio.

ARTÍCULO 3o. BIENES. Son susceptibles del trámite abreviado, los bienes respecto de los cuales se predica alguna de las causales consagradas en el artículo 2o de la Ley 793 de 2002, aun hayan sido adquiridos por sucesión o por cualquier otra de las formas de adquirir el dominio e independientemente en cabeza de quien se encuentren.

ARTÍCULO 4o. DEL TRÁMITE ABREVIADO. El trámite abreviado de que trata esta ley, se cumplirá de conformidad con las siguientes reglas:

1. Efectuada la solicitud de acuerdo, el fiscal de conocimiento, dentro de los cinco (5) días siguientes escuchará en declaración juramentada a quien eleve la solicitud, en la cual exprese su voluntad de someterse al trámite abreviado que regula este decreto, acepte la existencia de cualquiera de las causales establecidas en el artículo 2o de la Ley 793 de 2002, identifique, individualice y entregue los bienes sobre los cuales debe recaer la acción, estén o no incluidos dentro de la resolución de inicio. Deberá expresar también el beneficio que pretende obtener como contraprestación a su voluntad de someterse a este trámite, dentro de los términos de esta ley.

En caso de que los bienes no estén incluidos dentro de la resolución del inicio, el Fiscal ordenará de inmediato la inscripción y materialización de las medidas cautelares sobre ellos.

2. Terminada la diligencia de declaración, el fiscal ordenará en forma inmediata el avalúo comercial de los bienes con el fin de determinar el valor de los mismos, avalúo que se practicará en el término de quince (15) días. En ningún caso el fiscal de conocimiento podrá remitir la actuación al juez sin que se hayan practicado los avalúos correspondientes.

Recibido el dictamen que contenga el avalúo, el fiscal correrá traslado de este a la parte interesada, quien dentro de los tres días siguientes, podrá objetarlo solo por error grave. El fiscal si considera procedente la objeción dispondrá de un término de cinco días para practicar otro dictamen designando para tales efectos un nuevo perito, este último avalúo no será objetable.

3. Obtenido el avalúo y estando en firme, el fiscal elaborará un acta donde conste la aceptación de la causal, la entrega voluntaria de bienes y la solicitud que se haga sobre los beneficios que pretenda obtener, la que remitirá al juez competente en forma inmediata para que profiera la respectiva sentencia.

4. Recibidas las diligencias por el Juez, este dentro del término de ocho días hábiles, revisará que durante el trámite surtido por la Fiscalía General de la Nación se hayan respetado las garantías fundamentales y procederá a dictar sentencia anticipada de extinción de dominio, la que contendrá el acuerdo suscrito con la Fiscalía.

Contra esta sentencia solo procederá el recurso de apelación.

ARTÍCULO 5o. DE LOS BENEFICIOS OBTENIDOS CON LA ENTREGA DE BIENES. Quien acuda al proceso y entregue voluntariamente bienes en los términos y condiciones establecidos en el artículo 2o y 4o de esta ley, obtendrá beneficios que le permitan una vivienda para sí, o sus familiares.

El juez en la sentencia señalará en forma clara y expresa, el bien que se otorgue como beneficio, teniendo en cuenta lo dispuesto en el párrafo 1o de este artículo, y sobre este declarará la improcedencia de la extinción de dominio, levantará las medidas cautelares dispuestas por la Fiscalía y ordenará a la Dirección Nacional de Estupefacientes la entrega real y material del bien o del valor equivalente.

PARÁGRAFO 1o. El beneficio a que se hace acreedor quien se acoja al presente trámite, oscilará entre el 0.1% y 5% del valor total de los bienes efectivamente entregados.

Para tasar este beneficio, el Juez evaluará:

- El momento procesal cuando se presentó la solicitud del beneficio.
- El número de bienes entregados.
- El valor total de los bienes.

PARÁGRAFO 2o. De comprobarse la existencia de otros bienes distintos a los entregados que puedan ser objeto de la acción, el afectado perderá todo beneficio que hubiese obtenido.

En caso de incumplimiento, el juez a solicitud de la fiscalía revocará el beneficio y continuará con la declaratoria de la extinción de dominio respecto de dichos bienes, o su valor equivalente –esto en caso de que el bien destinado se haya vendido– sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.

ARTÍCULO 6o. En caso de no incluirse todos los bienes afectados dentro de la resolución de inicio, el fiscal continuará la actuación respecto de aquellos que no fueron objeto del acuerdo y proseguirá el trámite regulado en la Ley 793 del 2002 sobre estos.

ARTÍCULO 7o. Si se han celebrado acuerdos en materia de bienes con autoridades extranjeras, quien pretenda el beneficio consagrado en esta ley, ratificará los términos del acuerdo suscrito en el extranjero y solicitará a la Fiscalía General de la Nación el reconocimiento del beneficio, si a ello hubiera lugar.

Recibida la ratificación y la solicitud del beneficio, el Fiscal que esté conociendo del trámite de extinción, dictará una resolución de sustanciación donde reconozca ese acuerdo y remitirá la actuación al Juez para que profiera la respectiva sentencia en los términos del artículo 4o de esta ley.

PARÁGRAFO. Si el acuerdo celebrado con autoridades extranjeras comprende bienes sobre los cuales la Fiscalía General de la Nación no ha iniciado trámite de extinción del dominio, quien pretenda el beneficio presentará el escrito a que se refiere este artículo a la Dirección Nacional de Fiscalías, con el fin de que se inicie la respectiva acción de extinción y aplicar el procedimiento previsto en esta ley.

ARTÍCULO 8o. VIGENCIA. La presente ley empezará a regir a partir de su publicación y se aplicará a los trámites que a la fecha de entrada en vigencia se encuentren en curso.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la Ley 1330 de 2009, por ineptitud sustancial de la demanda.

3. Fundamentos de la decisión

La Corte constató que los cargos de inconstitucionalidad formulados contra la Ley 1330 de 2009, no cumplían con los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia exigidos por la ley y la jurisprudencia, para poder asumir un examen y decisión de fondo.

Las demandantes adujeron de manera genérica la vulneración de los artículos 34 y 58 de la Constitución respecto de toda la ley, pero sin exponer las razones específicas en las cuales sustentan el concepto de violación en relación con los artículos que integran la Ley 1330 de 2009.

4. Salvamento de voto

El magistrado Mauricio González Cuervo se apartó de decisión inhibitoria, toda vez que en su concepto procedía un pronunciamiento de fondo acerca de la demanda instaurada contra todo el articulado de la Ley 1330 de 2009. En su criterio, contrario a lo decidido por la mayoría, los cargos satisfacían los requisitos formales y materiales para entrar a emitir un fallo de fondo, en la medida que todos los artículos tienen una relación estrecha con el

esquema principal de colaboración y beneficios que se atacaba en la demanda. Por tal motivo, manifestó su salvamento de voto.

LA TIPIFICACIÓN PENAL DE INJURIA Y CALUMNIA NO DESCONOCE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y POR TANTO, NO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN ILEGÍTIMA A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

VII. EXPEDIENTE D-8295 Sentencia C-442/11 (Mayo 25)
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

1. Norma acusada

LEY 599 DE 2000

(Julio 24)

Por la cual se expide el Código Penal

ARTICULO 220. INJURIA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 221. CALUMNIA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTICULO 222. INJURIA Y CALUMNIA INDIRECTAS. A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reproducire, repitiere injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante.

ARTICULO 223. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE GRADUACION DE LA PENA. Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad. Si se cometiere por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad.

ARTICULO 224. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba:

1. *Numeral INEXEQUIBLE*>

2. Sobre la imputación de conductas que se refieran a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y la formación sexuales.

ARTICULO 225. RETRACTACION. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

ARTICULO 226. INJURIA POR VIAS DE HECHO. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona.

ARTICULO 227. INJURIAS O CALUMNIAS RECIPROCAS. Si las imputaciones o agravios a que se refieren los artículos 220, 221 y 226 fueren recíprocas, se podrán declarar exentos de responsabilidad a los injuriantes o calumniantes o a cualquiera de ellos.

ARTICULO 228. IMPUTACIONES DE LITIGANTES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequirable> Las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias correspondientes.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227 y 228 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal", por los cargos examinados en la presente decisión.

3. Fundamentos de la decisión

El problema jurídico que le correspondió resolver a la Corte en el presente caso, consistió en determinar si la tipificación de los delitos de injuria y calumnia y sus modalidades en la forma que lo hacen los artículos 220 a 228 de la Ley 599 de 2000, vulnera el principio de legalidad establecido en el artículo 28 de la Constitución y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por tanto, constituiría una restricción ilegítima a la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Carta Política.

El análisis de la Corte comenzó por precisar el contenido de la libertad de expresión a la luz de los tratados internacionales y del ordenamiento constitucional colombiano. Señaló que en esencia, la libertad de expresión en sentido estricto, se define como el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Indicó que el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión tiene los siguientes rasgos: (i) Su titularidad es universal, sin discriminación, compleja y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (ii) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos; (iii) a la vez, existen diversos grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, que inciden sobre la regulación admisible y el estándar de control constitucional; (iv) la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma, tono y manera de difusión, protección que cubre tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas no convencionales, alternativas, inusuales o diversas, que incluye las manifestaciones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias.; (v) su ejercicio lleva consigo, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa e impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares.

Por otra parte, la Corte reiteró que la honra y el buen nombre constituyen derechos fundamentales que se protegen tanto en sede de tutela como a través de las instancias penales. Como se aprecia de los antecedentes de las normas demandadas, la finalidad perseguida al tipificar como delitos la injuria y la calumnia, es la de proteger el derecho fundamental a la honra. Así mismo, en los debates realizados en torno de la adopción del Código Penal vigente, se encuentra que a pesar del clamor por despenalizar esas conductas, tal posibilidad fue desechada por el Congreso, debido a la importancia de los bienes jurídicos tutelados.

De esta manera, los preceptos legales acusados persiguen una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, como quiera que, precisamente, corresponde al legislador dentro de su potestad configuradora del ordenamiento jurídico, establecer medidas de distinta índole para la protección de derechos fundamentales y de bienes e intereses constitucionalmente relevantes. Sin embargo, cuando opta por tipos penales para la consecución de este propósito, sus posibilidades de configuración están sujetas a límites como el del principio de legalidad, una de cuyas manifestaciones está en la prohibición del establecimiento de delitos y penas indeterminados.

En relación con los tipos penales de injuria y calumnia, la Corporación encontró que tanto los

pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que coinciden con los de la Corte Constitucional, han contribuido a precisar el alcance de los elementos que configuran esas conductas punibles, de manera precisa, por lo que existe claridad sobre las situaciones que constituyen infracciones a la ley penal. Igualmente, existe una jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional que resalta el carácter privilegiado de que goza la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico colombiano, que debe ser tenida en cuenta por los jueces penales, cuando interpreten y apliquen los tipos penales de injuria y calumnia en un caso concreto.

Acerca de la supuesta desproporción de los tipos penales de injuria y calumnia, por no ser idóneos para proteger el buen nombre y la honra y por ser innecesarios debido a la existencia de otros medios de protección menos lesivos de la libertad de expresión, la Corte señaló que se olvida que la prohibición de ciertas conductas mediante la tipificación penal tienen principalmente una función preventiva, es decir, la amenaza de sanción disuade su comisión y por ello, resulta idónea para proteger los derechos fundamentales o en general, bienes constitucionalmente protegidos, porque están diseñadas para prevenir la ocurrencia de conductas que potencialmente pueden lesionarlos.

Finalmente, en cuanto a la supuesta falta de necesidad de las medidas penales por existir otras que serían menos gravosas de los otros derechos fundamentales en juego –libertad personal, libertad de expresión- tales como el derecho de rectificación, las multas o la acción de tutela, e igualmente idóneas para protege el buen nombre y la honra, la Corte consideró que este argumento no es de recibo. En primer lugar, esa posibilidad está expresamente autorizada por tratados internacionales de derechos humanos, tales como la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y acogida en pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los que hace alusión en la sentencia. En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que existe una especie de *protección multinivel* de los derechos al buen nombre y a la honra, dentro de la cual, los tipos penales de injuria y calumnia solo serían aplicables cuando se trata de vulneraciones especialmente serias de estos derechos fundamentales, frente a las cuales, los otros mecanismos resultan claramente insuficientes.

La Corte no desconoce que actualmente en el Sistema Americano de protección de derechos humanos se avanza en la despenalización de estas conductas, bajo la idea de que su penalización puede resultar nociva para el ejercicio de las libertades de información y de expresión y que por lo tanto, resulta más conveniente su proyección por medio de mecanismos distintos a la sanción penal, pero esta es una decisión que, en principio, está reservada al legislador.

Ene se orden, la Corte concluyó que los cargos formulados contra los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 no están llamados a prosperar, porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha precisado los elementos que configuran los delitos de injuria y calumnia. De tal manera que esta jurisprudencia resulta vinculante para los jueces cuando interpreten y apliquen estas disposiciones en casos concretos. El carácter abierto de un tipo penal no implica su inconstitucionalidad. Debido a que los cargos contra los artículos 223, 224, 225, 226, 227 y 228 tenían como fundamento la supuesta apertura e

indeterminación de los tipos penales de injuria y calumnia, tampoco están llamados a prosperar.

4. Salvamentos de voto

Los magistrados María Victoria Calle Correa y Juan Carlos Henao Pérez se apartaron de la decisión de exequibilidad, como quiera que a su juicio, en un estado democrático y pluralista, en la ponderación de la necesidad de proteger el derecho a la honra y el buen nombre frente a la garantía de la libertad de expresión, no puede primar la opción de tipificar como delitos la injuria y la calumnia, pues resulta una restricción desproporcionada que no se justifica, al existir otros medios menos gravosos para el ejercicio de dicha libertad, como lo reconoce la misma sentencia. Además, los elementos que conforman los tipos penales de injuria y calumnia adolecen de la precisión que exige el principio de legalidad, lo que deja a la subjetividad del acusador, la sanción de una conducta que no está definida de manera clara y precisa, lo que violenta el ejercicio pleno de la libertad de expresión fundamental en una verdadera democracia.

REPOSICIÓN DE VOTOS A LOS CANDIDATOS ELEGIDOS AL PARLAMENTO ANDINO NO CONFIGURA UNA VULNERACIÓN DEL ARTICULO 109 DE LA CONSTITUCIÓN

VIII. EXPEDIENTE D-8328 Sentencia C-443/11 (Mayo 26)
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

1. Norma acusada

LEY 1157 DE 2007
(septiembre 20)

Por la cual se desarrolla el artículo 227 de la Constitución Política, con relación a la elección directa de los parlamentarios andinos

ARTÍCULO 6o. REPOSICIÓN DE VOTOS. Los candidatos elegidos al Parlamento Andino tendrán derecho a la reposición estatal por los votos válidos obtenidos, en los términos de esta ley.

2. Decisión

Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-502 de 2007 y en consecuencia, declarar **EXEQUIBLE** el artículo 6º de la Ley 1157 de 2007 por el cargo de igualdad .

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 6º de la Ley 1157 de 2007, por el cargo estudiado de infracción al artículo 109 de la Constitución Política.

3. Fundamentos de la decisión

En primer lugar, la Corte determinó la procedencia de la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 6º de la Ley 1157 de 2007, no obstante que se trata de una norma estatutaria que fue objeto de revisión oficiosa en la sentencia C-502 de 2007. Observó, que en este caso tiene lugar una excepción a la regla general, según la cual los efectos de la sentencia de la Corte sobre una ley estatutaria son definitivos, por cuanto con la reforma introducida mediante el Acto Legislativo 01 de 2009 al artículo 109 de la Constitución, cuyo desconocimiento se acusa en esta oportunidad, se produjo un cambio del parámetro constitucional que tuvo en cuenta la Corte al examinar el proyecto de ley estatutaria, que eventualmente podría dar lugar a una inconstitucionalidad sobreviviente.

El cambio más trascendental introducido en la nueva regulación, respecto de la financiación de campañas electorales, consiste en la obligación para que el Congreso, por medio de una ley que desarrolle el citado artículo constitucional, pueda prever un mecanismo de financiación previa para las campañas que se desarrollan con miras a proveer los diferentes cargos de elección popular. En efecto,

con la financiación previa se busca aplicar criterios orientados a alcanzar la igualdad entre los candidatos que participarán en la contienda electoral, de manera que tenga realización concreta y real del *principio de competencia*, principio que resulta esencial en los certámenes electorales en los Estados democráticos. Al mismo tiempo, el artículo 109 previó la existencia de un sistema de financiación de campañas electorales que dependa directamente del porcentaje de votación alcanzado.

Ahora bien, en relación con el cargo de vulneración de la igualdad, la Corte encontró que ha de estarse a lo resuelto en la sentencia C-502/07, pues en la práctica se configura el fenómeno de la cosa juzgada material, ya que el aspecto que se cuestiona ya fue analizado en esa oportunidad y no obstante el cambio del artículo 109 de la Carta, se predicen las mismas razones de constitucionalidad y que por lo mismo, que conducen a la declaración de exequibilidad del artículo 6º de la Ley 1157 de 2007.

Para la Corte la disposición acusada no está en contra de lo preceptuado por el actual artículo 109 de la Constitución. Cuando la norma constitucional establece la posibilidad de que el legislador determine el porcentaje de votación necesaria para obtener financiación estatal por votos válidos obtenidos, la única exigencia que se deriva para el legislador será establecer, con base en criterios de conveniencia que no desborden los parámetros constitucionales, requisitos que cumplan dos condiciones: (i) efectivamente se prevea la financiación para candidatos participantes en certámenes electorales y (ii) que dicha determinación se realice con base en un criterio que atienda a la votación obtenida por los candidatos. Fuera de estos límites, el Congreso, en desarrollo del principio democrático (art. 1º C.P.), puede escoger entre el amplio abanico de opciones que se deriva de los términos constitucionales.

La Corte encontró que el artículo 6º de la Ley 1157 de 2007 cumple con esas condiciones, pues de un lado, la reposición de votos se reconoce a los *candidatos*, es decir, participantes en los comicios electorales y de otro, la financiación estatal se da a quienes hayan sido *elegidos* al Parlamento Andino, de manera que tiene como fundamento la determinación de votos obtenidos en el proceso electoral. Advirtió que aunque con base en un parámetro de control constitucional diferente, la sentencia C-502 de 2007 arribó a similares conclusiones.

La Corte concluyó que el Congreso, al proferir el artículo 6º de la Ley 1157 de 2007, hizo adecuado uso de su órbita de discrecionalidad legislativa que se deriva del artículo 109 de la Constitución y por tanto, lo declaró exequible frente a este cargo.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo discrepó del fallo de mayoría y anunció que salvaría el voto fundado en la consideración de que esta última decisión se profirió sin tener en cuenta que el demandante no había formulado un cuestionamiento específico relacionado con el tema que sirvió de base para concluir que se había generado un cambio en el parámetro constitucional que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, justificaría una nueva revisión de la ley estatutaria 1157 de 2007, en particular de su artículo 6º, ley estatutaria que, como todas las de su clase, para ser tal, ya fue objeto de revisión previa por la Corte, a través de la Sentencia C-502 de 2007, mediante la cual fue declarada exequible, incluido el mencionado

artículo. El magistrado disidente cuestionó la decisión según la cual el Acto Legislativo No. 1 de 2009, había introducido un cambio en el parámetro constitucional que se tuvo en cuenta para declarar exequible la mencionada Ley, al entender la Sala que la norma anterior del artículo 109, inciso segundo, no permitía la financiación de las campañas políticas mediante la entrega previa de recursos, sino que estos se suministraban posteriormente, por reposición de votos, en tanto que la redacción de la nueva norma, luego de la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 2009, de manera expresa, sí permite expresamente la entrega de dichos recursos públicos para la campaña, antes de la fecha de los comicios. A juicio del Magistrado Mendoza, tal aspecto no fue planteado de manera cierta y específica por el demandante, lo cual, a su juicio, era menester habida consideración de que, como bien se resaltó en la ponencia que sirvió de base a la decisión de mayoría, se estaba revisando nuevamente una Ley Estatutaria, que previamente había recibido el aval de constitucional y que, por tanto, no cabía efectuar un control general de constitucionalidad como el que se hizo en la sentencia C- 502 de 2007, sino que la Sala debía circunscribirse a los argumentos concretos que sustentaban los cargos. Según el magistrado discrepante no obstante que acatar esta exigencia podría catalogarse como un rigorismo excesivo, en este caso excepcional, ello resulta imprescindible a objeto de evitar que la Corte se enfrente a la disyuntiva de que toda reforma constitucional posibilite una nueva demanda de inconstitucionalidad contra leyes estatutarias ya declaradas ajustadas al ordenamiento superior, sobre la base de que para declarar la exequibilidad de tales leyes, oficiosamente, se debe consultar íntegramente toda la Constitución vigente. En ese sentido el Magistrado disidente consideró que el aspecto que tuvo en cuenta la mayoría para deducir el cambio de parámetro no lo planteó el demandante sino, precisamente, desde un enfoque diferente, el presidente del Consejo Nacional Electoral. En el caso *sub examine* lo que el demandante cuestionó, según la reseña de la ponencia fue el hecho de que en el artículo 6º de la Ley 1157 de 2007, estableció que a los candidatos elegidos al Parlamento Andino tendrían derecho a la reposición estatal de votos, en tanto que a partir del nuevo texto del artículo 109 constitucional, según quedó reformado por el Acto Legislativo No. 1 de 2009, tal financiación cobijaba a todos los candidatos y no solamente a los elegidos, tal aspecto resultó ser el que específicamente sirvió de fundamento al cargo que el demandante esbozó, de manera que el análisis de la Corte tendiente a verificar si realmente se produjo un cambio de parámetro en los precisos términos señalados por el demandante, debió circunscribirse a dicho aspecto y bajo esa perspectiva resulta absolutamente claro que ningún cambio de parámetros se produjo debido a que en el texto anterior del artículo 109 Constitucional frente al cual se contrastó y se dedujo la constitucionalidad del artículo 6º de la Ley 1157 de 2007, también señalaba que la financiación estatal recaería sobre los candidatos en campaña pero que hubiesen obtenido un específico porcentaje de votos de acuerdo con la ley. En cuanto al aspecto indicado, que es el que resulta objeto de cuestionamiento por el demandante, contrastado el texto del artículo 9 constitucional anterior y el posterior referente a cómo se designan los CANDIDATOS que recibirán la ayuda estatal para la campaña, respecto de la expresión CANDIDATOS ELEGIDOS incluida en el art. 6 de la citada Ley, no

hubo cambio de parámetros, pues los dos actos legislativos enfrentados solo se refieren a CANDIDATOS, de manera que en este caso debió concluirse que no se estaba frente a los supuestos que permitían un nuevo pronunciamiento de la Corte sobre una ley estatutaria que ya había sido declarada ajustada a la Constitución por ende, de manera indefectible, por esta y otras razones que en el salvamento de voto precisará, lo que procedía era que la Corte se declarara inhibida por ocurrencia del fenómeno de la cosa juzgada.

Por su parte, los magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva, se reservaron la posibilidad de presentar una aclaración de voto, relacionada con algunos de los fundamentos de esta decisión.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL IMPONE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PENAL MILITAR A PARTIR DEL MOMENTO DE LA PROMULGACIÓN

IX. EXPEDIENTE D-8350 Sentencia C-444/11 (Mayo 25)
M.P. Juan Carlos Henao Pérez

1. Norma acusada

LEY 1407 DE 2010
(Agosto 17)

Por la cual se expide el Código Penal Militar

ARTÍCULO 628. DEROGATORIA Y VIGENCIA. **La presente ley regirá para los delitos cometidos con posterioridad al 1º de enero de 2010, conforme al régimen de implementación.** Los procesos en curso continuarán su trámite por la Ley 522 de 1999 y las normas que lo modifiquen.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “al 1º de enero de 2010” contenida en el artículo 628 de la Ley 1407 de 2010 y **EXEQUIBLE** el resto del artículo, bajo el entendido que la ley regirá a partir del 17 de agosto de 2010.

3. Fundamentos de la decisión

El análisis de la Corte comienza por reafirmar uno de los principios fundamentales que estructuran el debido proceso prescrito en el artículo 29 de la Constitución, cual es el principio de legalidad, según el cual “Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”. El principio de legalidad equivale a la traducción jurídica del principio democrático y se manifiesta más precisamente en la exigencia de *lex previa y scripta*. De esta forma, al garantizar el principio de legalidad se hacen efectivos los restantes elementos del debido proceso, entre ellos, la publicidad, la defensa y el derecho de contradicción.

En materia penal comporta varios elementos: *nullum crimen sine praevia lege*, no puede considerarse delito el hecho que no ha sido expresa y previamente declarado como tal por la ley, *nulla poena sine praevia lege*, no puede aplicarse pena alguna que no esté conminada por la ley anterior e indicada en ella; *nemo iudex sine lege*, o sea que la ley penal sólo puede aplicarse por los órganos y jueces instituidos por la ley para esa función; *nemo damnatur nisi per legale iudicium*, es decir que nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal.

La Corte resaltó que aún para la aplicación del principio de favorabilidad, se requiere que las dos normas susceptibles de ser aplicables se encuentren plenamente vigentes, en punto a elegir una u otra a favor del procesado, caso en el cual sí será posible aplicar de manera retroactiva una determinada disposición. Lo anterior, en razón a que la aplicación del principio de favorabilidad es de carácter

excepcional y su aplicación no significa una variación de la vigencia de la ley, sino el reconocimiento de la eficacia de una disposición frente a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia. Además, la jurisprudencia constitucional en torno del artículo 29 superior, ha hecho énfasis en los principios de reserva legal y de tipicidad o taxatividad de la pena.

Para resolver el cargo que se formula en contra de la primera parte del artículo 628 de la Ley 1407 de 2010, por la cual se expidió el Código Penal Militar, la Corte recordó que por regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador en desarrollo de su competencia constitucional, de manera expresa determine un fecha diversa. La promulgación de la ley es una exigencia constitucional (arts. 165 y 166 C.P.), que se infringe cuando una disposición prevé la entrada en vigor de una ley antes de la publicación de su publicación. Es lo que ocurre con la Ley 1407 promulgada el 17 de agosto y sin embargo, en su artículo 628 establece su entrada en vigencia a partir de una fecha anterior a su promulgación, como es el 1º de enero de 2010, lo cual lesiona abiertamente el artículo 29 de la Constitución.

Si bien los efectos retroactivos que se otorgan a la ley no devienen del querer del legislador sino de un error producto del extenso trámite de objeciones gubernamentales, la Corte consideró que debía declarar probado el cargo de inconstitucionalidad formulado en el presente caso por violación del principio de irretroactividad de la ley.

Con fundamento en el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que confiere a la Corte Constitucional competencia para modular los efectos de sus sentencias, la Corporación consideró necesario declarar la inexequibilidad de la fecha anterior a la promulgación de la ley, que se establece como fecha de entrada en vigencia de la Ley 1407 de 2010 y a la vez determinar que el resto de la disposición es exequible siempre y cuando se entienda que la ley comenzó a regir a partir de su promulgación, esto es, el 17 de agosto de 2010, de manera que no se afecte la libertad o el derecho al debido proceso de las personas por causa de un error en su trámite.

EL REQUISITO DE NO HABER SIDO SANCIONADO EN LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS PARA ASCENDER AL CARGO DE SUBINTENDENTE, NO CONSTITUYE UNA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD

X. EXPEDIENTE D-8345 Sentencia C-445/11 (Mayo 26)
M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

1. Norma acusada

DECRETO 1791 DE 2000
(Septiembre 14)

Por la cual se modifican las normas de carrera del personal de Oficiales, Nivel ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional

ARTÍCULO 21. REQUISITOS PARA ASCENSO DE OFICIALES, NIVEL EJECUTIVO Y SUBOFICIALES. Los oficiales, nivel ejecutivo a partir del grado de subintendente y suboficiales de la Policía Nacional, podrán ascender en la jerarquía al grado inmediatamente superior cuando cumplan los siguientes requisitos:

1. Tener el tiempo mínimo de servicio establecido para cada grado.
2. Ser llamado a curso.
3. Adelantar y aprobar los cursos de capacitación establecidos por el Consejo Superior de Educación Policial.
4. Tener aptitud psicofísica de acuerdo con lo contemplado en las normas sobre Incapacidades e Invalideces.
5. Obtener la clasificación exigida para ascenso.

6. Para oficiales, concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa para la Policía Nacional; para nivel ejecutivo y suboficiales, concepto favorable de la Junta de Evaluación y Clasificación.

7. Hasta el grado de Coronel, acreditar un tiempo mínimo de dos (2) años en el respectivo grado, en labores operativas, de investigación, docencia, desempeño de funciones en la Gestión General del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

8. Para el personal que permanezca en el Cuerpo Administrativo, acreditar un curso de actualización profesional en su especialidad, con una duración no inferior a ciento veinte (120) horas.

PARAGRAFO 1. Para ingresar al curso de capacitación para ascenso al grado de Teniente Coronel, los aspirantes que hayan superado la trayectoria profesional deberán someterse previamente a un concurso, de acuerdo con las disposiciones que para tal efecto presente a consideración del Ministro de Defensa Nacional el Director General de la Policía Nacional.

Quien pierda el concurso por dos (2) veces será retirado del servicio activo por incapacidad académica.

PARAGRAFO 2. Los cursos para ascenso del nivel ejecutivo y suboficiales se realizarán por convocatoria, según las vacantes existentes en cada grado, de conformidad con las disposiciones que expida la Dirección General de la Policía Nacional.

Se exceptúa de lo dispuesto en este párrafo al personal del nivel ejecutivo y suboficiales que cumpla antigüedad para ascenso hasta el mes de septiembre del año 2001.

PARAGRAFO 3. <Párrafo 3o. modificado por el artículo 1 de la Ley 1168 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral 4 de este artículo, el personal que hubiere sido declarado no apto para el servicio operativo como consecuencia de heridas en actos del servicio, en combate, como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o que hubiere sido declarado no apto con reubicación laboral por la Junta Médico Laboral o Tribunal Médico de Revisión Militar y Policía, sin importar la circunstancia en que haya adquirido su disminución de la capacidad laboral, podrá ser ascendido siempre y cuando cumpla con los demás requisitos exigidos y excelente trayectoria profesional, salvo que las lesiones o heridas hayan sido ocasionadas con violación de la Ley o los Reglamentos.

PARAGRAFO 4. Podrán concursar para ingresar como Subintendente los Patrulleros en servicio activo, previo el lleno de los siguientes requisitos:

1. Solicitud escrita a la Dirección General de la Policía Nacional.
2. Tener la aptitud sicofísica de acuerdo con las normas vigentes.
3. Tener un tiempo mínimo de cinco (5) años de servicio en la Institución como Patrullero.

4. No haber sido sancionado en los últimos tres (3) años.

5. Concepto favorable de la Junta de Clasificación y Evaluación respectiva.

El personal seleccionado deberá adelantar y aprobar un curso de capacitación cuya duración no será inferior a seis (6) meses.

Se exceptúa de lo dispuesto en este párrafo al personal de patrulleros que a la entrada en vigencia del presente Decreto cumpla antigüedad para ascenso hasta en el mes de septiembre del año 2001, sin perjuicio del cumplimiento de los demás requisitos que para el efecto exige la Ley.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE** el numeral 4º del párrafo 4º del artículo 21 del Decreto Ley 1791 de 2000, por el cargo propuesto.

3. Fundamentos de la decisión

La Corte observó que del contenido mismo del artículo 21 del Decreto ley 1791 de 2000, demandado parcialmente en esta ocasión, se deduce de manera palmaria que entre los cargos superiores y más bajos de la carrera de la Policía Nacional, hay distinciones que justifican precisamente una estructura piramidal: razones de orden académico, profesional y de experiencia en el campo motivan esta diferenciación. Sin embargo, aceptó que era admisible establecer una relación comparativa entre estos extremos normativos, por tratarse de un asunto que concierne a todos los niveles que componen la carrera policial, como son,

los requisitos que deben condicionar el ascenso del personal que en sentido estricto goza de la posibilidad de ascenso, estos son, los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo.

Advirtió que las condiciones para ingreso, ascenso y retiro de la carrera policial se orientan por un propósito de mantener la pulcritud y probidad de la institución, lo que justifica el establecimiento de medidas orientadas a asegurar que el personal de policía cumpla de la manera más decorosa posible su función de guardar la armonía y convivencia ciudadanas.

Al examinar los requisitos de ascenso, la Corte encontró que mientras que para ser promovido desde el cargo de subintendente no se exige la falta de sanción disciplinaria, para ascender de patrullero a subintendente si se establece tal exigencia. No obstante, eso no significa que los antecedentes disciplinarios no sean tenidos en cuenta pues es un criterio que debe ser evaluado por las Juntas respectivas al momento de disponer el llamamiento a curso de ascenso, al determinar la clasificación para ascenso y al brindar el concepto correspondiente. Precisó que una cosa es llegar al cargo de subintendente y otra ascender a lo largo de la carrera policial. El ingreso a este nivel siempre está condicionado al cumplimiento, entre otros requisitos, de "no haber sido condenado a penas privativas de la libertad, ni tener antecedentes disciplinarios". Aún así, en adelante el factor disciplinario está implícito para efectos del ascenso, por ser un factor determinante en las evaluaciones y calificaciones a las que someten todos los aspirantes en el proceso para obtener la promoción a partir del cargo de subintendente.

En últimas, la Corte encontró que para regular las temáticas del ingreso y ascenso por parte de los patrulleros y del resto del personal a que se refiere la norma, existe una pluralidad de regímenes jurídicos que no pueden ser equiparados y cuyo diseño, además correspondió a la potestad de configuración normativa reconocida al legislador. Ante regímenes tan disímiles que objetiva, material y funcionalmente sean equiparables, no hay lugar a un juicio de igualdad y por consiguiente, no prospera el cargo por violación del derecho a la igualdad formulado contra el requisitos establecido en el numeral 4º del párrafo 4 del artículo 21 del Decreto ley 1791 de 2000.

EXISTENCIA DE CAUCIDAD DE LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, DETERMINA LA OCURRENCIA EN EL CASO CONCRETO, DE UNA VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO Y PROCEDIMENTAL

XI. EXPEDIENTES T 2089121 y T 2180640 (acum.)

Sentencia SU-447/11 (Mayo 26)
M.P. Mauricio González Cuervo

1. Decisión

Primero.- LEVANTAR la suspensión de los términos decretada en el proceso de la referencia.

Segundo.- TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías Financieras (Expedientes T-2.089.121 y T-2.180.640). En consecuencia, **REVOCAR** la sentencia de tutela de segunda instancia de la Sección Primera del Consejo de Estado, de septiembre 4 de 2008 –confirmatoria de la sentencia de primera instancia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de abril 10 de 2008- que había rechazado por improcedente la tutela interpuesta.

Tercero.- Por lo anterior, **DEJAR SIN VALOR Y SIN EFECTOS JURÍDICOS** la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado de 1º de noviembre de 2007, proferida en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por las sociedades Compto S.A. en liquidación, Asesorías e Inversiones C.G. Ltda., Inversiones Lieja Ltda., Exultar S.A., en liquidación, Fultipler S.A. en liquidación, I.C. Interventorías y Construcciones Ltda., en liquidación, que declaró nulas la orden de capitalización No. 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998, expedida por la Superintendencia Bancaria – hoy Financiera- y la Resolución No. 002 de 3 de octubre de 1998, expedida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN.

Cuarto.- DECLARAR que la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho –respecto de los actos administrativos contentivos de la orden de capitalización No. 1998050714-1 de 2 de octubre de 2008, expedida por la Superintendencia Bancaria – hoy Financiera- y la Resolución No. 002 de 3 de octubre de 1998, expedida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN, se encuentra **CADUCA** desde el 05 de febrero de 1999.

2. Fundamentos de la decisión

La Corte determinó que en el presente caso, se incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo y defecto procedimental, al proferirse la sentencia de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por las sociedades Compto S.A. en liquidación, Asesorías e Inversiones C.G. Ltda. Inversiones Lieja Ltda., Exultar S.A. en liquidación, Fultipler S.A. en liquidación, contra la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, FOGAFIN.

Examinado el proceso que originó la mencionada acción contencioso administrativa, la Corte encontró que respecto de la medida preventiva de capitalización, en este caso, la Orden No. 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998 emitida por la Superintendencia Bancaria y dirigida a la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, Granahorrar: **(i)** era de aplicación inmediata y contra ésta procedía el recurso de reposición sin que se suspendiera su ejecutoriedad, acorde con el artículo 335 del Estatuto Financiero; **(ii)** la citada orden de capitalización solamente podía ir dirigida a Granahorrar, entidad sujeta al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria; **(iii)** dicha a decisión debía notificarse al representante legal de la Corporación Granahorrar, como lo señala el artículo 74 del mismo Estatuto; **(iv)** el procedimiento administrativo especial, señalado por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, debe preferirse en su aplicación acorde con la jurisprudencia constitucional, a las normas generales establecidas por el Código Contencioso Administrativo, las cuales nada regulan respecto de las medidas preventivas o cautelares de carácter administrativo.

De otro lado, en relación con la Resolución 002 de 1998 emitida por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin, la Corte constató que: **(i)** el Decreto 032 de 1886, reglamentario de la Ley 117 de 1985 estableció que la Junta Directiva del Fondo puede ordenar la reducción simplemente nominal del capital social de una institución financiera inscrita en éste, demostrando la situación patrimonial real de la entidad respectiva, de acuerdo con el informe que presente la Superintendencia Bancaria; **(ii)** El Fondo podía ordenar al

representante legal de la institución financiera (Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda, Granahorrar), la reducción simplemente nominal del capital social. El representante legal daría inmediato cumplimiento a esta orden; **(iii)** el procedimiento administrativo especial, señalado por el Decreto 032 de 1986 debe preferirse en su aplicación, acorde con la jurisprudencia constitucional, a las normas generales establecidas en el Código Contencioso Administrativo, que nada regulan respecto de la reducción simplemente nominal del capital social.

En ese orden de ideas, para efectos de la notificación de la orden de capitalización como de la orden de reducción simplemente nominal de capital, ambas dirigidas a la Corporación Granahorrar, las normas aplicables eran los artículos 74 y 335 del Estatuto Orgánico Financiero y los artículos 3º y 4º del Decreto 032 de 1986 sobre reducción nominal de acciones, respectivamente. De igual modo, no eran aplicables al análisis de la notificación de dichos actos administrativos, los postulados generales del artículo 46 del Código Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la sentencia contra la cual se instauró la acción de tutela configura una vía de hecho por defecto sustantivo por estas razones: **a)** tener como fundamento una norma que no era aplicable al caso, es decir el artículo 46 del Código Contencioso Administrativo; **b)** omitir aplicar las normas que se ajustaban al caso, es decir, los artículos 74 y 335 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los artículos 3º y 4º del Decreto 032 de 1986, respectivamente; **c)** fundar la decisión en una interpretación no sistemática del artículo 46 del Código Contencioso Administrativo, omitiendo el análisis –este sí, sistemático- de las disposiciones especiales del Estatuto Financiero y el mencionado Decreto, que eran aplicables al caso; **d)** sin un mínimo de argumentación, se desconoció el precedente judicial relacionado con la preferencia de las normas que establecen procedimientos administrativos especiales en relación con las normas generales y supletivas del Código Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, la constatación de la vía de hecho por los varios tipos de defecto sustantivo mencionados, trae como consecuencia la presencia de otro defecto en la sentencia del Consejo de Estado (Sección Cuarta) ya aludida. Precisamente, la consecuencia lógica del primer vicio produce que el juez de segunda instancia en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos analizados, haya tomado la presentación de dicha acción dentro del plazo que establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el cual no era aplicable, razón por la cual se incurrió en una vía de hecho por defecto procedimental, por cuanto; **(i)** siguió un trámite ajeno por completo al que era pertinente aplicar, teniendo por válida la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 28 de julio de 2000, cuando ya había caducado el 6 de febrero de 1999; **(ii)** la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho trae consigo una ostensible y grave ruptura de la normatividad que rige de manera especial la materia a la que se refiere el fallo atacado; **(iii)** se actuó completamente al margen del procedimiento establecido, pues el término de caducidad de los mencionados actos administrativos está estipulada en cuatro (4) meses y sin embargo, se tomó el término de caducidad extendido a un año y medio aproximadamente; **(iv)** el defecto procedimental esbozado tuvo incidencia franca, directa e inmediata

en el fallo que se acusa, que vulnera derechos fundamentales, hasta el punto que sin realizar valoraciones materiales de las pretensiones de los accionantes en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, resultaron siendo favorecidas en detrimento de los peticionarios en tutela, en desmedro de sus derechos fundamentales.

3. Aclaración de voto

El magistrado Nilson Pinilla Pinilla presentará una aclaración de voto relativa a su posición sobre la procedencia excepcionalísima de la acción de tutela contra una providencia judicial por la existencia de una vía de hecho, que, en el caso concreto tuvo lugar.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Presidente