



Universidad de
La Sabana

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, febrero 8 de 2013.

Honorable Magistrado
JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
H. CORTE CONSTITUCIONAL.
Calle 12 # 7-65
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía
E.S.D.

Referencia: Expediente Número D-9325.
Norma Acusada: Ley 1537 de 2012, artículos 13 y 28 (Parciales).
Actores: Patricia Romero Sánchez.

Respetado Señor Magistrado:

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio e identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, entidad en la cual ostento la dignidad de Miembro de Número, así como en mi condición de Profesor Asociado en la Universidad de La Sabana, donde desarrollo la línea de investigación en “Historia de las Instituciones”, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 4780 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra de los artículos 13 y 28 de la Ley 1537 de 2012.

DEL CONCEPTO SOLICITADO:

Mediante Oficio 4780 de diciembre 13 de 2012, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido el día veintinueve (29) en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el H. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, solicita al doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, Presidente de la Academia, si lo estimase oportuno, emitir concepto dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación. Dentro del plazo otorgado procedo a rendir mi concepto.

Los textos de los artículos al ser expedida la Ley, consignan lo siguiente:

***Artículo 13.** El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en la definición de la lista de potenciales beneficiarios del subsidio, tendrá en cuenta criterios de priorización para que las Poblaciones Afrocolombianas e Indígenas puedan acceder a los proyectos de vivienda que se realicen de acuerdo con lo establecido en la presente ley.*

***Parágrafo.** Los criterios de focalización se aplicarán de acuerdo con los registros con los que cuente la autoridad competente.*



(...)

Artículo 28. Acceso efectivo a la Vivienda de Interés Social y prioritaria rural. *Las viviendas del sector rural, se podrán asignar a título de subsidio en especie, por parte de la entidad otorgante de los subsidios de Vivienda de Interés Social rural, a los hogares que se encuentren en situación de desplazamiento; que sus predios hayan sido restituidos por autoridad competente; que sean beneficiarios de los programas de formalización y titulación de predios rurales que desarrolla el Ministerio de Agricultura y Desarrollo rural; o que pertenezcan a comunidades indígenas o afrodescendientes, debidamente reconocidas por autoridad competente. En todo caso, la ejecución de los recursos de que trata este artículo se realizará de manera prioritaria en municipios de categorías 4, 5, y 6. El Gobierno Nacional reglamentará los requisitos de focalización, de acuerdo con lo establecido en el presente artículo.*

La demandante argumenta que la ley incurrió en una omisión legislativa al no incluir al pueblo Rom o Gitano, solicitando un pronunciamiento aditivo o integrativo, pues cree que es insuficiente la normatividad, a la vez que discriminatoria y violatoria de la dignidad de este grupo minoritario, pues además no tiene en cuenta el bloque de constitucionalidad relacionado con ellos.

La demandante presenta además una relación de disposiciones presuntamente violadas por la norma, las cuales corresponderá a la H. Corte Constitucional analizar dentro del juicio correspondiente. Dichas normas son:

Circular 1629 de 2003 (octubre 2) del Ministerio de Interior y Justicia – Dirección de Etnias.
Convenio 169 de 1989 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales, Ley 21 de 1991.
Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de la UNESCO, 2001.
Decreto 2957 de 2010, marco normativo de protección de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano.
Decreto 4634 de 2011, por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rom o Gitano.
Decreto 804 de 1995 que reglamenta la actividad educativa para los grupos étnicos.
Ley 1381 de 2010 sobre reconocimiento, fomento, protección, uso, preservación y fortalecimiento de las lenguas de los grupos étnicos en Colombia.
Ley 1482 de 2011, ley antidiscriminación.
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, 1966.
Recomendación de la O.N.U. sobre discriminación de los Romaníes, 2000.
Resolución 022 de 1999 del Ministerio de Interior y Justicia – Dirección de Etnias.

El listado incluido por la demandante excluye algunas disposiciones más recientes, una de las cuales es el fundamento de nuestro análisis.

ANÁLISIS DEL CASO:

1. Del Pueblo Rom:



Todo grupo social presenta una serie de características que hacen de él receptor de derechos y cumplidor de obligaciones. El pueblo Rom o gitano, que celebra el 8 de abril de cada año el Día Internacional del Gitano, no es la excepción.

El pueblo gitano fue reconocido como grupo étnico minoritario en desarrollo de lo previsto por las disposiciones de nuestra Constitución Política, 7 y 70, que establecen que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana y la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven el país, lo cual ha sido ratificado por variadas normatividades y recomendaciones de carácter internacional, como la Resolución 1992/75 del 4 de marzo de 1992 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada “Protección a los Rom”, en la cual se invita a eliminar toda forma de discriminación contra el pueblo Rom o Gitano que vive en Colombia.

La Ley 21 del 4 de marzo de 1991 aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989 y que dentro de los pueblos tribales se encuentra el grupo étnico Rrom o Gitano

En 1998, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, avaló el carácter de grupo étnico nacional para el pueblo Rom o gitano, señalando entre otras cosas lo siguiente:

“(i) que el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, ampara al pueblo Rom de Colombia, como quiera que es un pueblo con una organización social claramente tribal, (ii) que el pueblo Rom de Colombia, por su preexistencia a la conformación de la República, es un grupo étnico también colombiano y como tal lo ampara la legislación existente para grupos étnicos, y (iii) se hace necesario que, guardando una simetría positiva, se hagan los desarrollos legislativos que se requieran para que el pueblo Rom de Colombia salga de la invisibilidad y se le garanticen de manera especial sus derechos colectivos.”

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, posee datos acerca de la existencia en el año 2005 de 4857 personas integrantes de la comunidad Rom o Gitana, número del cual, el 64,66%, un porcentaje significativamente mayor que los demás grupos poblacionales colombianos, por su condición nómada se desplaza con toda su familia igualmente por la falta de casa propia y de algún beneficio para adquirirla.

En torno a este tema, el decreto 2957 de 2010 “Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano”, dispone sobre ese carácter nómada lo siguiente:

Artículo 5. Asentamientos y circulación. En razón a que el grupo étnico Rom ha desarrollado históricamente su conciencia étnica a partir del nomadismo, sea este real o simbólico, se le reitera el derecho a la libre circulación por todo el territorio nacional, salvo las limitaciones legales. La



formulación de políticas públicas y de programas gubernamentales destinados a este pueblo debe tener en consideración la amplia movilidad geográfica e itinerancia de sus Kumpañy

Parágrafo. Se reconocen Kumpañy en los departamentos de Norte de Santander, Antioquía, Santander, Córdoba, Sucre, Valle del Cauca, Atlántico, Tolima, Nariño, y en la ciudad de Bogotá, D.C. Teniendo en cuenta que por su nomadismo, la ubicación de las Kumpañy ya reconocidas puede cambiar en determinado momento, se debe verificar la información con los Seré Romengue.

Dadas sus singularidades como grupo étnico, los Rom o gitanos son portadores de unas señales identitarias específicas y de una cultura propia¹ que ameritan un tratamiento especial y diferencial por parte del Estado Colombiano y la sociedad mayoritaria, a fin de garantizar adecuadamente su integridad étnica y cultural, así como el ejercicio pleno de sus derechos colectivos, dentro de los cual está el poder gozar de una vivienda digna.

ProRom² efectuó una distinción entre la forma de entender el espacio por parte de los grupos étnicos y la que tiene el grupo Rom o gitano:

“Comparado con las concepciones territoriales de los pueblos indígenas, afrodescendientes y raizal que enseñan límites definidos con meridiana claridad, la delimitación espacial de las kumpeniyi es imprecisa y fluctuante. Gráficamente se diría que la espacialidad de las kumpeniyi se asemeja a las variopintas formas que adquiere una ameba en movimiento: no porque mude de forma deja de verse como una unidad. De otro lado, el nomadismo característico del pueblo Rom no se explica exclusivamente a partir de su ancestral itinerancia y amplia movilidad geográfica sino que, ante todo, debe entenderse como una actitud mental. En otras palabras, no se es nómada únicamente porque se va de un lugar a otro, sino porque se tiene un arraigado pensamiento fundado en una racionalidad nómada.”

La presencia de los Rom se ha visto reflejada en las estadísticas, razón por la cual antes del Censo General 2005 no existían datos demográficos oficiales sobre su población.

“Los Rom de Colombia tienen elementos culturales que los diferencian de los demás grupos étnicos del país, como la idea de un origen común, larga tradición nómada y su transformación en nuevas formas de itinerancia, valoración del grupo en cuanto la edad y el sexo como principios ordenadores de estatus, cohesión interna y diferenciación frente al no Rom,- Gayde-. Son una población principalmente urbana, se encuentran distribuidos en kumpanias, que son “unidades variables de coresidencia y cocirculación que se asientan en barrios o se dispersan por familias entre las casas de los habitantes no gitanos en los sectores populares de las ciudades, y en segundo lugar en grupos familiares de tamaño variable que de todas maneras mantienen vínculos culturales y sociales con alguna de las kumpanias”.

(...)

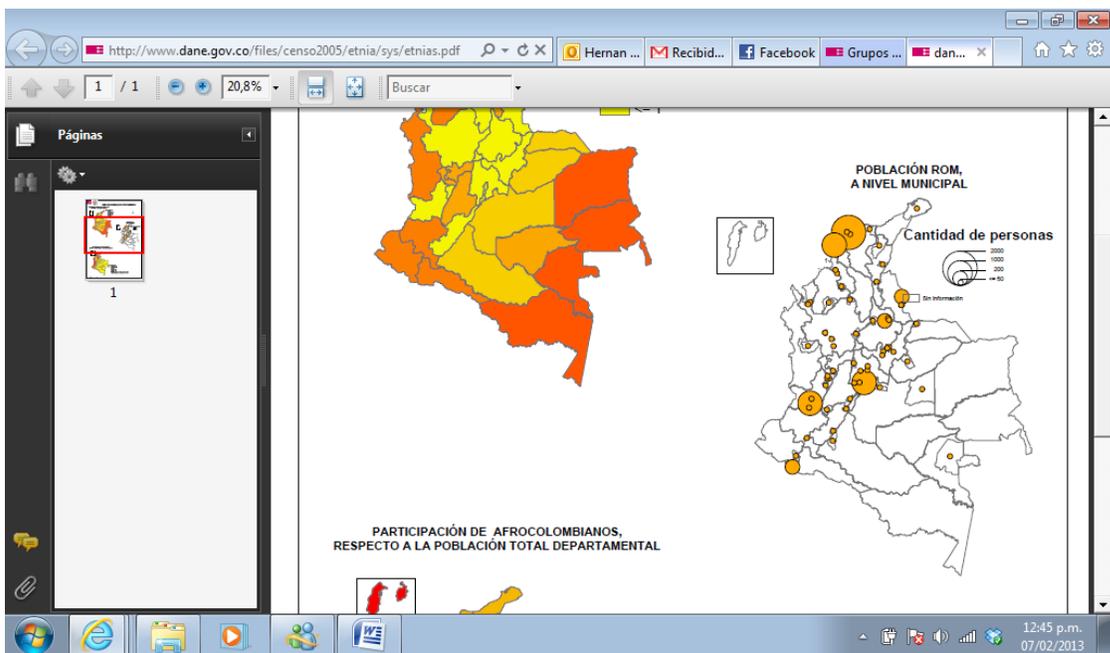
¹ Secretaría de Cultura, Recreación y Deporte – Dirección de Arte, Cultura y Patrimonio de la Alcaldía Mayor de Bogotá y Universidad Nacional de Colombia. *Estado del arte sobre las prácticas culturales del pueblo Rom-gitano en Bogotá, D.C.* Bogotá, D.C., 2011.

² ProRom. *Fortalecimiento y recuperación de la tradición oral de la Kumpanía de Bogotá a través de eventos, mitos, leyendas y música.* Alcaldía Mayor de Bogotá, Bogotá, D.C., 2008, p. 29.



“La población ROM presenta un proceso de envejecimiento mayor que el presentado en la población nacional y en la población afrocolombiana. Se evidencian faltantes de población en algunos grupos edad, sobretudo en la población masculina de 25 a 34, lo que puede ser ocasionado por procesos migratorios o por el no reconocimiento como población ROM en el censo del año 2005. Para el pueblo Rom la relación niños mujer es de 30, lo cual significa un claro decrecimiento de la fecundidad de este grupo. Para el total de la población colombiana este indicador es 37.”

La conformación geográfica de la población Rom o gitana, se puede apreciar en el siguiente mapa:



Esta imagen muestra que el beneficio de planes de vivienda digna para el pueblo Rom o gitano, no se circunscribiría solo a los que se encuentran en Bogotá, pues en Cundinamarca, Valle, Atlántico y Magdalena, al igual que en Putumayo, Santander y Norte de Santander, el globo de población muestra la concentración de grupos significativos de personas de este grupo étnico minoritario.

Además, ya el Decreto 2957 de 2010 “Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano”, dispuso lo pertinente al acceso a la vivienda digna de este grupo minoritario, en los siguientes términos que resalto:

Artículo 13. Acceso a vivienda. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, proporcionará a través de las diferentes convocatorias que establezca el Fondo Nacional de Vivienda, el acceso a una vivienda digna al grupo étnico Rom o

³ http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/colombia_nacion.pdf

⁴ <http://www.dane.gov.co/files/censo2005/etnia/sys/etnias.pdf>



Gitano, mediante la asignación del Subsidio Familiar de Vivienda de interés Prioritario.

2. Del Derecho a la Vivienda Digna

Diferentes bienes jurídicos son reconocidos y consagrados en artículos de la Constitución de diverso valor normativo. No todos los derechos y libertades tienen carácter de fundamentales, ni todos son susceptibles de una protección constitucional por vía de tutela. Este es el caso de los derechos sociales, económicos y culturales - entre ellos el derecho a la salud, por ejemplo -, los cuales por depender para su realización de la intervención legislativa no pueden hacerse exigibles de manera inmediata. Excepcionalmente, en relación con los niños o en caso de comprobarse una conexidad directa con otros derechos fundamentales, el derecho a la salud adquiere naturaleza de fundamental y, por ende, posibilidad de ser tutelado.

"Los derechos que son fundamentales por aplicación directa e inmediata son todos aquellos derechos de libertad e igualdad formal y, además, ciertos derechos de igualdad material que se relacionan con la vida y la dignidad humana. Su carácter de derechos de aplicación directa se deriva de su naturaleza general válida en todos los casos.

*Los derechos fundamentales que son aplicables de manera indirecta son aquellos derechos económicos, sociales o culturales, que se encuentran en una estrecha relación de conexidad con los derechos fundamentales de aplicación directa. Este tipo de aplicación es resultado de la necesidad de establecer una ponderación de las circunstancias de cada caso concreto y ello, a su vez, se deriva de su naturaleza de derechos que suponen un tratamiento desigual con el fin de lograr cierta igualdad material."*⁵

Para nuestras Altas Cortes es claro que el derecho a la vivienda digna NO es un derecho fundamental como tal, aunque puede ser protegido por vía de la acción de tutela, ya que su vulneración o desconocimiento podría acarrear la violación a la dignidad humana del hombre, su derecho a la vida y reñiría con la protección especial que el Estado debe otorgarle a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Al respecto se han desarrollado diferentes fallos; por ejemplo, llama la atención la Corte Suprema de Justicia, que en Sala de Casación Penal de 22 de enero de 2002, Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll, cita expresamente a la Corte Constitucional y a manera de recopilación frente al tema planteado, retoma siguiente idea:

"...el derecho a la vivienda digna no constituye per se derecho fundamental, y por tanto no puede ser susceptible de protección inmediata por vía de acción de tutela; se trata de un derecho asistencial de tipo económico, que se enmarca dentro de la obligación que tiene el Estado de promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda (artículo 51)".

De esta manera, se observa que las dimensiones otorgadas al derecho a la vivienda digna por parte del Juez Constitucional en su labor de hermenéutica y defensa de nuestra Carta Magna, sirvieron de pauta al Tribunal de Casación para desarrollar claramente el alcance del derecho en

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL.. Sentencia T-506 del 21 de agosto de 1992. M.P.: Dr. Ciro Angarita Barón.



cuestión. En este sentido se observa que las Altas Cortes, al contrario de lo que ocurre con otros álgidos temas, tratándose del derecho a la vivienda digna siguen una misma línea jurisprudencial, lo cual consideramos afortunado en cuanto facilita la interpretación del alcance de este derecho.

De otro lado, es de resaltar que las Altas Cortes enseñan que sólo excepcionalmente, cuando se halla en conexidad con un derecho fundamental, este derecho de tipo asistencial puede ser objeto del amparo constitucional. Precisamente, en ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha juzgado que:

"...El derecho constitucional a la vivienda digna no es un derecho fundamental, sólo puede ser objeto de protección o tutela judicial mediante las acciones y procedimientos judiciales que se establezcan en la ley, claro está, diferentes de la acción de tutela, cuando existan condiciones materiales y físicas que puedan hacerlo efectivo. Por excepción es posible obtener su protección judicial consecencial en desarrollo de aquella acción, pero únicamente ante situaciones en las que se plantee su desconocimiento directo o indirecto por la violación o amenaza de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, dignidad e igualdad, siempre que éstas conlleven para su titular la concreta ofensa a aquel derecho"⁶.

Mediante sentencia T – 495 de 1995, teniendo como Magistrado Ponente al doctor Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional afirmó:

"(...)El derecho a la vivienda digna se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política. Dicha norma le impone al Estado la responsabilidad de fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho en favor de todos los colombianos y de promover planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de dichos planes."

Lo anterior no significa que el Estado esté en la obligación de proporcionar vivienda a la totalidad de los habitantes del país que adolezcan de dicha necesidad, pues como lo señala el artículo 51 de la Carta, su obligación se concreta en fijar condiciones y promover planes de vivienda dentro de las capacidades que su estructura protectora le permita, teniendo en cuenta la situación socioeconómica del país y las apropiaciones de orden presupuestal que se hayan destinado para esos rubros.

El derecho a la vivienda digna es pues un **derecho de carácter asistencial** 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. Así, las autoridades deben facilitar la adquisición de vivienda, especialmente en los

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CASACIÓN PENAL. Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll. 22 de enero de 2002.



sectores inferiores y medios de la sociedad, donde aparece detectado un déficit del servicio. Para tal efecto los particulares deben cumplir con los requisitos establecidos por la ley.

Así entonces, este derecho de contenido social no le otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir en forma inmediata y directa del Estado su plena satisfacción, pues se requiere del cumplimiento de condiciones jurídico-materiales que lo hagan posible. De manera que una vez dadas dichas condiciones, el derecho toma fuerza vinculante y sobre el mismo se extenderá la protección constitucional, a través de las acciones establecidas para tal fin.

Con este corto estudio, compartimos lo ha planteado por nuestra honorable Corte y podemos agregar que el derecho a la vivienda digna presupone unas circunstancias que permiten a la persona acceder a una vivienda que se encuentre acorde con su valor como ser humano, es decir, que ostente una calidad necesaria para proteger la dignidad de las personas que conformen el núcleo familiar que pretende asentar su familia en un determinado lugar. Es por esta razón que no es posible exigir de manera directa al Estado el cumplimiento del derecho a la vivienda digna y que dado su carácter de no fundamental permite un desarrollo a largo plazo, limitando su eficacia en el tiempo y su efectividad a la capacidad del gobierno de presentar caminos que hagan posible la adquisición de vivienda.

Entendido lo anterior, se puede ir apreciando, de forma preliminar, que la jurisprudencia constitucional es clara y suficiente al manifestar que si bien el derecho objeto de estudio no detenta el carácter de fundamental, el Estado, en cumplimiento de los fines fijados por nuestra Carta Política, debe proporcionar las medidas necesarias para garantizar a los colombianos la adquisición de la vivienda bajo unas condiciones de igualdad y unos parámetros legales específicos.

La Constitución Política de Colombia reconoce, en su artículo 51, el derecho a vivienda digna que le asiste a todos los colombianos, así: *“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”*.

Así, la Carta Fundamental colombiana le impone como reto a las autoridades estatales lograr que todos los colombianos lleguemos a gozar de una vivienda digna, para lo cual les ordena *“fijar condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho”*; *“promover planes de vivienda de interés social”*; *“promover sistemas de vivienda a largo plazo”* a través de la coordinación de diferentes órbitas sociales como lo son el sector bancario, el sector de la construcción, y por supuesto, como siempre en medio de todas las relaciones humanas, el sector jurídico. Siendo la vivienda digna un derecho programático, fin del Estado, reconocido por la Constitución Política, tanto legislador como juez deben intervenir para llegar a su concreción⁷.

Sin embargo, la realidad que se vive en Colombia está lejos de ser la plasmada en nuestra Carta Fundamental, encontramos un considerable número de colombianos que carecen de vivienda, e igualmente, que existe otra parte de la población que teniéndola, se ve en la obligación de

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.



devolverla o perderla, ya sea por la vía de la dación en pago, o por la vía del remate en ejecución procesal.

La Corte Constitucional no ha sido ajena a tal realidad, y plasmó en importantes decisiones, la puerta para que los órganos competentes regularan de forma congruente y ajustada a la Constitución de 1991, una nuevo sistema de financiación de vivienda en Colombia.

Fue precisamente por orden jurisprudencial que el Congreso de la República expidió la ley de vivienda (546 de 1999), y el Banco de la República emitió una nueva fórmula para liquidar el valor de las cuotas mensuales de los créditos que los usuarios del sistema financiero deben pagar, dando cumplimiento a lo ordenado por el Máximo Tribunal Constitucional.

CONCLUSIÓN:

Del análisis de cargos, considero que la Corte Constitucional, debe declararse inhibida para declarar inexequibles las disposiciones acusadas, toda vez que la materia SÍ está regulada y posee norma especial y específica en el Decreto 2957 de 2010 “Por el cual se expide un marco normativo para la protección integral de los derechos del grupo étnico Rom o Gitano”, dispuso lo pertinente al acceso a la vivienda digna de este grupo minoritario, en los siguientes términos:

Artículo 13. Acceso a vivienda. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, proporcionará a través de las diferentes convocatorias que establezca el Fondo Nacional de Vivienda, el acceso a una vivienda digna al grupo étnico Rrom o Gitano, mediante la asignación del Subsidio Familiar de Vivienda de interés Prioritario.

Además, al final de la citada norma (decreto 2957 de 2010), se consagra esta importante decisión del gobierno nacional, que protege la integridad y los derechos del grupo Rom o gitano tanto en ese, como en cualquier momento presente, pasado o futuro:

Artículo 21. Interpretación de la norma. Nada de lo contenido en el presente Decreto se interpretará en el sentido de menoscabar o suprimir los derechos que el grupo étnico Rrom o Gitano tiene actualmente o pueda adquirir en el futuro.

Por tanto, en mérito de lo expuesto, conceptúo ante su Despacho en la Magistratura Constitucional, que NO debe prosperar la pretensión de inconstitucionalidad contra los artículos 13 y 28 de la Ley 1537 de 2012, de acuerdo con la acción promovida por la ciudadana **Patricia Romero Sánchez**, ante la H. Corte Constitucional.

Del H. Magistrado, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA
C.C. 6.776.897 de Tunja
T.P. 57752 del C.S. de la J.