

Campus Universitario del Puente del Común, Chía, Cundinamarca, agosto 4 de 2009.

Honorable Magistrado
MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
H. CORTE CONSTITUCIONAL.
Calle 12 # 7-65
Palacio de Justicia Alfonso Reyes Echandía
E.S.D.

Referencia: Expediente Número D-7795.

Norma Acusada: Decreto 353 de 1994, artículo 24 (parcial) y Ley 973 de 2005, artículo 14 (parcial) y el Acuerdo # 8 del 8 de noviembre de 1995 de la Caja Promotora de Vivienda Militar.

Actor: Nelson Evelio Delgado Flórez.

Hernán Alejandro Olano García, ciudadano en ejercicio identificado como aparece al pie de mi firma, actuando como comisionado de la ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, entidad en la cual ostento el título de Miembro de Número, mediante el presente escrito y dentro del término concedido, presento respuesta al Oficio 2054 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, en relación con el proceso de la referencia, seguido en contra del Decreto 353 de 1994, artículo 24 (parcial) y Ley 973 de 2005, artículo 14 (parcial) y el Acuerdo # 8 del 8 de noviembre de 1995 de la Caja Promotora de Vivienda Militar.

DEL CONCEPTO SOLICITADO:

Mediante Oficio 2054 de julio 16 de 2009, emanado de la Secretaría General de la Corte Constitucional y recibido el mismo día diecisiete (17) en la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el H. Magistrado Mauricio González Cuervo solicita al Presidente de la Academia, si lo estimase oportuno, concepto que se emite dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la citada comunicación. La citada comunicación me fue remitida por la Secretaria Auxiliar de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, el día martes veintiuno (21) de julio del año en curso. Dentro del plazo otorgado paso a rendir mi concepto.

Ya ante el mismo Despacho del H. Magistrado González Cuervo, había tenido ocasión de pronunciarme sobre la vivienda digna, dentro del trámite del proceso de constitucionalidad D-007453 y, en aquella oportunidad procesal expresé:

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 concreción¹.

(...)

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 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"².

Aunque el proceso trata de un grupo muy particular, como son los subsidios de vivienda para integrantes de la Fuerza Pública, hay que reconocer previamente que 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

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. Sentencia C-747 del 6 de octubre de 1999. M.P.: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CASACIÓN PENAL. Magistrado Ponente: Fernando E. Arboleda Ripoll. 22 de enero de 2002.

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.

El demandante, Nelson Evelio Delgado Flórez, plantea la violación a la luz de los artículos 1, 2 y 13 de la Constitución Política de Colombia, expresando que las disposiciones contenidas en el Decreto 353 de 1994, artículo 24 (parcial) y Ley 973 de 2005, artículo 14 (parcial) y el Acuerdo # 8 del 8 de noviembre de 1995 de la Caja Promotora de Vivienda Militar, no son proporcionales en cuanto al trato iguales entre iguales y desiguales entre desiguales, particularmente en el otorgamiento del Subsidio Familiar de Vivienda, que de acuerdo con la Ley 3 de 1991, se define así:

“ARTÍCULO 6o. Establécese el Subsidio Familiar de Vivienda como un aporte estatal en dinero o especie, otorgado por una sola vez al beneficiario con el objeto de facilitarle una solución de vivienda de interés social, sin cargo de restitución siempre que el beneficiario cumpla con las condiciones que establece esta Ley. La cuantía del subsidio será determinada por el Gobierno Nacional de acuerdo con los recursos disponibles, el valor final de la solución de vivienda y las condiciones socioeconómicas de los beneficiarios.”

La discusión del demandante, se fundamenta en que el valor de los subsidios que determinan las normas acusadas, corresponden según él a “una arbitrariedad”, ya que a su juicio el subsidio debe otorgarse a los miembros de la Fuerza Pública por su condición de ciudadanos, más no por sus grados militares o policiales.

Otro aspecto que quiere hacer valer el demandante, es acusar ante esta jurisdicción constitucional el Acuerdo # 8 del 8 de noviembre de 1995 de la Caja Promotora de Vivienda Militar (cuando el camino sería otro); ya que según el señor Delgado Flórez, el valor del subsidio no se otorga según las disposiciones acusadas inicialmente -el Decreto 353 de 1994, artículo 24 (parcial) y Ley 973 de 2005, artículo 14 (parcial-; sino de acuerdo con un criterio, que a su juicio, sigue planteando “una arbitrariedad”, particularmente porque *“las categorías de Suboficiales, Nivel ejecutivo, Agentes y Soldados Profesionales, son los que aportan más rendimientos a la Caja Promotora de vivienda Militar y de Policía, y son los que menos ganan en su ponderación de subsidio, inclusive conllevando a que ayuden a que le paguen más salarios a los que ganan más. Es inversa la regla, como se genera en los estratos para pagar los servicios domiciliarios.”*

Más adelante, el señor Nelson Evelio Delgado Flórez, hace mención incluso a un proyecto de ley (no identificado), y que *“...deja viva la aplicación de la ponderación discriminada de la entrega del Subsidio de acuerdo a las categorías...”*

Como lo expuso el Tribunal Constitucional de Chile, en sentencias del 24 de septiembre de 1985 y del 24 de febrero de 1987, -que por ser anteriores a nuestras sentencias de constitucionalidad, sirven como hito-, *“la razonabilidad se sustenta en el bien común, finalidad del Estado que, como lo dispone la Carta Fundamental,*

*éste ha de promover con pleno respeto de los derechos fundamentales*³, lo cual se precisa en tres ideas básicas que describen y fundamentan este método hermenéutico⁴:

- a. *La razonabilidad constituye un principio que, intrínsecamente, se estructura sobre una base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellos el de Justicia y el Bien Común.*
- b. *Este método, según las circunstancias en que se ha empleado, se identifica con la justicia, tanto en su aspecto formal, como material, con lo sensato, lo prudente, lo oportuno, lo proporcional y, en fin, lo equitativo, y*
- c. *Su aplicación nunca debe traducirse en una simple apreciación subjetiva del intérprete, pues, por esencia, es contrario al mero arbitrio o discernimiento de quien lo invoca. Lo anterior se traduce en la necesidad de una debida argumentación como base explicativa de la razonabilidad.*

Así, se da la denominada “razonabilidad técnica”, que “se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el reglamento para lograrlos.”

Vemos entonces que el Decreto 353 de 1994, artículo 24 (parcial) y la Ley 973 de 2005, artículo 14 (parcial), establecen los fines diferenciadores del subsidio y que, por otro lado, el Acuerdo # 8 del 8 de noviembre de 1995 de la Caja Promotora de Vivienda Militar, planifica el reglamento para lograrlos, con lo cual, sabiendo que la Constitución descansa sobre ciertos principios y valores básicos, considero que las normas acusadas, incluso el Acuerdo, que corresponde ser acusado ante otra jurisdicción, se adecuan a las reglas que se ha previsto en el uso de las palabras igualdad, imparcialidad y neutralidad es útil para intentar una aproximación a aquello que debe entenderse por igualdad, derecho de estirpe fundamental en nuestra Constitución.

Por tanto, la igualdad siempre implica unos criterios de diferenciación, según las siguientes reglas:

- a. La que enuncia partes iguales para todos.
- b. La que enuncia partes iguales a los iguales.
- c. La que enuncia partes desiguales a los desiguales.

Otras reglas de distribución aplicables en este derecho son:

- a. A cada quien según su trabajo.
- b. A cada quien según su necesidad.
- c. A cada quien según su mérito.
- d. A cada quien según su habilidad.

Recordemos que el derecho a la igualdad permite conferir un trato desigual a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones:

³ VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio. *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*. Cuadernos del Tribunal Constitucional # 31, Santiago de Chile, 2006, p. 41.

⁴ *Ibid.*, p. 45.

- *En primer lugar, que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho;*
- *En segundo lugar, que el trato desigual que se les otorga tenga una finalidad;*
- *En tercer lugar, que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales;*
- *En cuarto lugar, que el supuesto de hecho -esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga- sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna;*
- *Y en quinto lugar, que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual no guarde desproporción en las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican.*
- *Si concurren pues estas cinco circunstancias, el trato desigual será admisible y por ello constitutivo de una diferenciación constitucionalmente legítima; en caso contrario, el otorgar un trato desigual será una discriminación contraria a la Constitución.'*

Por tanto, “*hay discriminación injusta –escribe Javier Hervada– cuando se da a diversos sujetos trato diferente motivado por alguna causa que no es una diferencia real que afecte al fundamento y a la razón del derecho o del deber respecto del cual se establece la distinción de trato*” y, a mi juicio, no hay ninguna discriminación al establecer dentro de un grupo particular, como es la Fuerza Pública, criterios de diferenciación para el otorgamiento de subsidios de vivienda, de acuerdo con el rango militar o policial que se posea.

CONCLUSIÓN:

En mérito de lo expuesto, conceptúo ante su Despacho en la Magistratura Constitucional, **que NO debe prosperar** la pretensión de inconstitucionalidad contra el Decreto 353 de 1994, artículo 24 (parcial) y la Ley 973 de 2005, artículo 14 (parcial); e igualmente, debe declararse la incompetencia de este Alto Tribunal para excluir del ordenamiento jurídico el Acuerdo # 8 del 8 de noviembre de 1995 de la Caja Promotora de Vivienda Militar, de acuerdo con la acción promovida por el ciudadano Nelson Evelio Delgado Flórez, ante la H. Corte Constitucional.

Del H. Magistrado González Cuervo, con todo respeto,

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA

Miembro de Número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

C.C. 6.776.897 de Tunja

T.P. 57752 del C.S. de la J.