

DISSÊRTUM

La expresión de lo justo...



**Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana**

Edición Nº 11 - Enero - Junio de 2016



Universidad de
La Sabana



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de La Sabana

DISSÊRTUM

Dirección:

Paula Andrea Roa Sánchez (estudiante de Derecho)

Subdirección:

Geraldine Bustos Zamora (estudiante de Ciencias Políticas)

Coordinación profesoral:

Diana María Gómez Hoyos (profesora de planta)

Consejo editorial:

Ana Milena Zambrano Díaz (estudiante de Comunicación Social y Periodismo, y de Ciencias Políticas)

Clara María Quintero Franco (estudiante de Ciencias Políticas)

Doralba Muñoz Muñoz (estudiante de Derecho)

Johan Mauricio Caldas García (estudiante de Derecho y de Economía y Finanzas Internacionales)

Julián David Rojas Triana (estudiante de Derecho)

Luisa Fernanda Ospina Pinzón (estudiante de Derecho y de Pedagogía Infantil)

Undécima edición virtual: Enero - junio del 2016.

ISSN: 2344-8180

Corrección de estilo, diseño, diagramación y publicación electrónica:

Hipertexto Ltda. www.hipertexto.com.co

Editorial

Artículos 7

9	El rol de la Corte Constitucional en la construcción de paz en Colombia: logros, retos y amenazas Carlos David González Molina
20	Constitución, cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia en Colombia Esteban Enrique Tamayo Torres
30	Alcoholismo, perspectiva laboral María Alejandra González Pinto, Elvis Fernando Castillo Barrantes
40	El principio “trabajo de igual valor, igual remuneración”, la eficiencia y su medición Laura Lucía Cagua Gamboa, Cristian Alfredo Orozco Espinosa
52	La pensión de vejez de los desmovilizados: entre la legalidad y su costo de aplicación Raquel Sarria Acosta, Johan Mauricio Caldas García, Luis Miguel Alarcón Ardila
66	Entrevista a Juan Camilo Rojas Arias Con motivo de los 25 años de la Constitución Política de Colombia

Entrevista 65



Editorial

Constitución joven

El 4 de julio de 1991, en el Capitolio Nacional, los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente promulgaban una nueva Constitución Nacional. Esta, en palabras del entonces presidente César Gaviria, sería “la carta de navegación para el siglo xxi”; a diferencia de su antecesora, la Constitución de 1886, es mucho más directa en su reconocimiento a derechos fundamentales y adopta, además, diferentes mecanismos coercitivos para su cumplimiento.

En términos de constituciones, 25 años es poco tiempo; por lo cual, es difícil llegar a un balance final sobre la misma, más aún cuando los constituyentes optaron por un texto extenso, profundo en algunos temas, superficial en otros, y con un esquema que obliga a desarrollar permanentemente

sus conceptos a la luz de las distintas coyunturas. A estas dificultades se le suma que, desde su promulgación, se han surtido más de cuarenta reformas, lo cual lleva a algunos a pensar que la Constitución de hoy es una Carta Suprema con una integridad distinta a su original de 1991.

En defensa de lo anterior, otros sostienen que estas reformas no son estructurales y que en ocasiones son contra-reformas que vuelven al espíritu inicial de la Constitución. De cara a esta problemática, la Corte Constitucional, creada por la Constitución de 1991 para defender la integridad de este texto supremo, ha desarrollado por vía jurisprudencial el concepto de pilares fundamentales, con el cual, revisa que estas reformas no modifiquen la esencia misma de la Carta.



Por otro lado, esta nueva Constitución introdujo otras figuras de trascendencia dentro de la estructura del Estado como la Fiscalía General de la Nación, la Comisión Nacional de Televisión, el Banco de la República independiente y una Corte Constitucional. Con estos “detalles” ya era posible ver lo grande y sustancial que sería esta reforma en los propósitos, fines y cometidos de Colombia como nación.

Otro de los cambios importantes que se hicieron en la constituyente de 1991 fue la descentralización administrativa del Estado, que si bien aumentó la estructura burocrática y política, nació con la idea de dar mayor agilidad y alcance al Estado y ser más efectivo en su gestión y en su lectura del panorama nacional. Este concepto era el paso obligado luego de establecer, entre otras cosas, la apertura al neoliberalismo económico, que exige a las regiones desarrollar ventajas competitivas propias para subsistir en el mercado globalizado.

Aunque este último aspecto, el neoliberalismo económico, ha sido uno de los más debatidos a lo largo de estos 25 años, debido a las disidencias en la teoría y en la práctica con las diversas ideologías políticas que se encuentran de derecha a izquierda en el cuadro nacional, tal parece que no logra superar la disputa pública que generó el mayor traspíe que ha tenido esta nueva Constitución: la reelección presidencial. Esta enmienda suprema ha fortalecido, por ejemplo, la corrupción y la politiquería y también ha debilitado la democracia y la separación de poderes, con todo y lo que significa perder la tan valiosa autonomía judicial.

El actual panorama que nos dejaron los 16 años de reelecciones presidenciales ayuda a compren-

der que una nueva “carta de navegación” no resuelve todos los problemas, pues, junto a la intención con la cual se pensaron y diseñaron los nuevos postulados constitucionales, se deben buscar la practicidad administrativa y voluntad política, sin los cuales la literalidad legal no cobra realismo.

No obstante, esta editorial, dedicada a los 25 años de la Constitución de 1991, no podía olvidarse del mecanismo judicial que ha dado gran parte del desarrollo conceptual y material al Texto Supremo, aquel que no muchos se atreven a negar como el mayor de los aportes de la socialdemocracia nacional: la acción de tutela. Un mecanismo idealizado que ha puesto a prueba la resistencia del Estado, porque jurisprudencialmente ha traído grandes avances sociales pero, del mismo modo, ha impuesto enormes cargas al Estado y en algunos casos ha quebrantado la identidad nacional.

En este número se incluye una entrevista enriquecedora sobre los 25 años de la Constitución, el contexto en el que se decidió redactar una nueva Carta, las distintas problemáticas que se han generado en torno a la acción de tutela y su aplicación, los cambios más impactantes y sustanciales y los logros y retrocesos que el país ha tenido a raíz de los desarrollos constitucionales, entre otros. Esta entrevista es un homenaje, con una mirada crítica, constructiva y propositiva, pues es la Constitución, en definitiva, la columna vertebral del país.

Paula Andrea Roa Sánchez

Estudiante Directora

Revista virtual de estudiantes Dissêrtum



Artículos



El rol de la Corte Constitucional en la construcción de paz en Colombia: logros, retos y amenazas*

Carlos David González Molina**

Resumen

El objetivo principal es examinar la relación que existe entre el papel que tiene la Corte Constitucional en el ordenamiento jurídico y el sistema político del país, y la construcción de paz en Colombia, caracterizada en la actualidad por los esfuerzos para culminar el conflicto armado interno con las guerrillas de las Farc-EP y el ELN. Se realiza el análisis a partir de la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son los aspectos que caracterizan el rol de la Corte Constitucional en el proceso de construcción de paz en Colombia? El interrogante señalado es resuelto a partir del enfoque metodológico jurídico-institucional, el cual ilustra las interacciones que se presentan entre el Derecho y la Ciencia Política. Se plantea como hipótesis que el rol de la Corte se caracteriza por tres aspectos: (i) el Tribunal Constitucional ha alcanzado diferentes logros desde el momento de su creación; varios de ellos han servido como presupuestos para llegar a una solución pacífica del conflicto armado, (ii) el proceso de implementación de los acuerdos representará importantes retos para el control cons-

titucional que deberá realizar la entidad, y (iii) el adecuado ejercicio de las funciones de la Corte se enfrenta a diversas amenazas que surgen en el actual contexto político. Como conclusión, se plantea que el Tribunal deberá guardar un delicado y estricto equilibrio entre la defensa del orden institucional establecido y la consecución de un acuerdo trascendental para la historia política del país.

Palabras clave

Corte Constitucional, posconflicto, diálogos de paz, Derecho Constitucional.

Introducción

A partir de su creación en 1992, la Corte Constitucional ha logrado adquirir un papel preponderante en el ordenamiento jurídico y en el sistema político del país como defensora de la integridad y supremacía de la Constitución Política; igualmente, se ha convertido en una de las instituciones más

* Artículo recibido el 3 de noviembre de 2016 y aceptado el 21 de noviembre de 2016.

** Estudiante de décimo semestre de Derecho y octavo semestre de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Estudiante Excelencia Meritorio de la misma Facultad. Auxiliar Judicial ad honorem de la Corte Constitucional. Correo electrónico: carlosgomo@unisabana.edu.co

determinantes de la democracia colombiana, ya que, por medio de sus decisiones, ha logrado ejercer su autoridad en múltiples temáticas y ámbitos de trascendencia nacional.

Respecto al ordenamiento jurídico, se resalta su posición como alta Corte de la Rama Judicial, nivel que comparte con el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura. En un sentido formal, los cuatro tribunales tienen la misma jerarquía y fungen como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones.

No obstante, la Corte Constitucional ejerce en la práctica un papel predominante sobre sus símilos. Al ser el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y al ser la Carta norma de normas, el Tribunal es el encargado de determinar su interpretación autorizada, función que le otorga una superioridad en el sistema judicial colombiano. Aunque formalmente exista un equilibrio, es innegable que muchas de sus decisiones y el valor de sus precedentes demuestran la autoridad y superioridad que tiene.

Frente al sistema político colombiano, caracterizado por el conjunto de instituciones, normas, valores y actores –individuales y colectivos– que interactúan en las complejas dinámicas de distribución del poder en el país (Easton, D., 2006), se destaca que la Corte se ha convertido en uno de las figuras más determinantes e influyentes.

En términos del profesor George Tsebelis, ha adoptado la categoría de veto player, debido a que, sin su consentimiento o aval, resulta irrealizable cualquier cambio institucional que se pretenda (Castro, A., 2010, p. 28) (Tsebelis, G., 2002, p. 26). Más aún, el papel que ha jugado en el sistema político del país no solo ha estado caracterizado por su poder de veto, sino también por su facultad de generar transformaciones por atribución propia.

Ahora bien, al tener en cuenta este panorama jurídico-político, el Estado colombiano se enfrenta a uno de los sucesos más trascendentales de su historia: la terminación del conflicto armado interno

con las guerrillas de las Farc-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo) y el ELN (Ejército de Liberación Nacional).

Con las Farc-EP, el Gobierno Nacional llegó a un acuerdo final tras varios años de negociaciones. Pese a ello, el día 2 de octubre de 2016 se llevó a cabo un plebiscito para refrendar los acuerdos alcanzados y triunfó el NO por un estrecho porcentaje³. A pesar de ello, las partes procedieron a renegociar algunos aspectos problemáticos para ciertos sectores de la población y se llegó a un nuevo acuerdo (Gobierno Nacional y Farc-EP, 2016).

Con el ELN, se pactó el inicio de unos diálogos de manera oficial el 30 de marzo de 2016, que tienen como referente una agenda de seis puntos, a saber: participación de la sociedad en la construcción de la paz, democracia, transformaciones para la paz, víctimas, fin del conflicto e implementación del acuerdo (Gobierno Nacional y ELN, 2016).

La culminación definitiva de ambos procesos y la materialización de lo que se pacte entre las partes representan retos de gran calado para el Estado y, claramente, para la sociedad en su conjunto no solo por el propósito de reconciliar una nación traspasada históricamente por la violencia, sino también por las múltiples reformas constitucionales, legales y administrativas que se requerirán para la consecución de la paz.

En este sentido, el presente ensayo busca examinar la relación que existe entre las importantes funciones que lleva a cabo la Corte Constitucional y el proceso de construcción de paz en el país, razón por la cual, se analiza la siguiente pregunta: ¿cuáles son los aspectos que caracterizan el rol de la Corte Constitucional en el proceso de construcción de paz en Colombia?

Se brindará una respuesta a través del enfoque metodológico jurídico-institucional, el cual es descrito por los autores Rodrigo Lozada y Andrés Ca-

3. El NO obtuvo una votación de 6'431.376 (50,21 %), y el SI obtuvo una votación de 6'377.482 (49,78 %).

sas como parte de una particular visión que privilegia el análisis de las instituciones. Este enfoque suele ser utilizado para examinar cómo las normas afectan el sistema político, o para investigar el papel que tiene una institución, al ser entendida como un sujeto independiente de sus integrantes (Lozada, R y Casas, A., 2010, pp. 164-169).

La elección de la metodología tiene como fundamento la intención de reflejar la estrecha interacción que tienen el Derecho y la Ciencia Política. Si bien estas son ciencias afines que tienen un objeto de estudio cercano, sus perspectivas y objetivos pueden llegar a ser disímiles entre sí. Sin embargo, este documento busca reafirmar la conexión que existe entre las certezas y los cuestionamientos que aportan cada una, y dar respuesta a la pregunta de investigación, para lo cual se tiene como referente el escenario de mayor convergencia entre ambas: el Derecho Constitucional.

Como hipótesis, se planteará que el rol de la Corte en la construcción de paz se caracteriza por tres aspectos: (i) el Tribunal Constitucional ha alcanzado diferentes logros desde el momento de su creación, varios de los cuales han servido como presupuestos para llegar a una solución pacífica del conflicto armado, (ii) el proceso de implementación de los acuerdos representará importantes retos para el control constitucional que deberá realizar la entidad, y (iii) el adecuado ejercicio de las funciones de la Corte se enfrenta a diversas amenazas que surgen en el actual contexto político.

1. Logros de la Corte Constitucional. Presupuestos para una solución pacífica al conflicto armado

En primer lugar, el análisis se centrará en los logros que ha obtenido la Corte Constitucional en relación con su rol en la construcción de paz en Colombia. Desde el inicio de sus funciones en 1992, el

Alto Tribunal ha conseguido significativos resultados que han aportado a la confluencia de condiciones institucionales, que han tomado forma en el país y que han permitido la posibilidad real de llegar a una solución pacífica al conflicto armado.

Se destaca que la Corte es producto de un proyecto constitucional que tomó como bandera la paz. La Asamblea Nacional Constituyente, instituida en 1991, tuvo como uno de sus ejes centrales, consolidar la desmovilización y reincorporación a la vida civil y política de miles de guerrilleros provenientes del M-19, el Ejército Popular de Liberación (EPL) y el Movimiento Armado Quintín Lame, entre otros.

Como muestra de ello, se alude a las palabras que Antonio Navarro Wolf (1991), antiguo militante del M-19 y uno de los tres presidentes de la Asamblea, expresó el 4 de julio de 1991 en el Capitolio Nacional, día de la promulgación de la nueva Constitución Política. Dentro de las frases más recordadas de su discurso, se resalta el llamado que hizo a los dos grupos insurgentes que decidieron no participar: “las Farc y el ELN hicieron falta”. En la actualidad, se ha de ratificar que el sistema constitucional colombiano y el principal objetivo de la Carta solo podrán consolidarse cuando estas dos guerrillas decidan abandonar totalmente la lucha armada e incorporarse a las reglas democráticas.

El pasar de los años demuestra que uno de los mayores logros del Tribunal ha sido la materialización del proyecto político de 1991. A grandes rasgos, ha conseguido llevar a la realidad las promesas que Álvaro Gómez, Horacio Serpa y Antonio Navarro Wolf simbolizaron el día ya mencionado; aunque, gracias al ejercicio de las funciones de la Corte, la Constitución no terminó siendo meramente un cúmulo de simples hojas en blanco⁴.

4. Debido a algunos detalles que quedaban por acordarse, los tres presidentes de la Asamblea suscribieron un cúmulo de hojas en blanco y no el texto constitucional. Solo fue un par de días después, que se conoció el articulado definitivo de la Constitución Política de 1991.

Si bien restan muchas tareas pendientes, la nueva Carta Política logró modificar múltiples aspectos del Estado colombiano; un claro ejemplo de ello, ha sido el fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales. Cada año son cientos los fallos que producen las respectivas Salas de Revisión y la Sala Plena de la Corte, en los cuales se amparan las garantías de los ciudadanos y se ordena a miles de instituciones públicas, e incluso particulares, que modifiquen sus conductas para frenar la vulneración de los derechos humanos.

Más que una finalidad etérea y abstracta del Estado, la protección de la “vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” de cada ciudadano (Asamblea Constituyente, 1991, art. 2.º) ha logrado posicionarse por encima de intereses políticos, gastos financieros y cualquier aspecto institucional que sea necesario modificar. La Carta fue dotada de una verdadera fuerza normativa y se ha llegado a convertir no solo en Constitución Política, sino también en Constitución Jurídica, directamente vinculante y con un poder normativo superior a cualquier disposición.

Ahora bien, en un sentido más concreto, la Corte Constitucional ha realizado varios aportes a la construcción de paz a partir de su jurisprudencia sobre el derecho a la paz, establecido en el artículo 22 constitucional. Aunque este ha sido planteado como un principio, un valor fundante del Estado, una garantía, un derecho colectivo, un deber de obligatorio cumplimiento y, en ocasiones, como un derecho fundamental, continuamente se ha reafirmado que es indispensable su materialización para garantizar una protección efectiva de los derechos humanos.

Una de las principales contribuciones del Tribunal a la solución pacífica al conflicto ha sido su aval y control de instrumentos legislativos de gran trascendencia como el Marco Jurídico para la Paz, establecido en el Acto Legislativo 01 de 2012, y la Ley Estatutaria que reguló el Plebiscito para la Paz, número 1806 de 2016.

Por una parte, las sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014 declararon la exequibilidad del Marco Jurídico creado por el Congreso de la República para establecer un mecanismo de justicia transicional que permitiera un acuerdo con las guerrillas. En ambas providencias, se explicó la relevancia que tenía la finalización del conflicto armado interno y se indicó la constitucionalidad del uso de criterios de priorización y selección para investigar y juzgar a los máximos responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario (Ambos, K., Zuluaga, J., 2014) (Corte Constitucional, 2013) (Corte Constitucional, 2014).

Del mismo modo, se precisó el contenido de las garantías de las víctimas, a saber, la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. La Corte enfatizó en la primacía de sus derechos y las colocó en el centro de los debates jurídico-constitucionales, enfoque que adoptaron los procesos de paz con ambas guerrillas. En la actualidad, las sentencias señaladas delimitan el campo de acción en el cual es posible establecer una negociación y llegar a un acuerdo satisfactorio para el Gobierno Nacional, el futuro de las guerrillas y, sobre todo, para los derechos de las víctimas.

Por último, se menciona la sentencia C-379 de 2016, que aprobó el Plebiscito para la Paz como mecanismo de refrendación de lo pactado el 26 de agosto de 2016 con las Farc-EP. Si bien el resultado de la contienda electoral fue el triunfo del NO, el contexto político que se presentó de manera previa a la sentencia y los postulados que la Corte realizó merecen una especial mención.

A lo largo de las negociaciones, las Farc-EP propugnaron su deseo por una Asamblea Constituyente. Sin embargo, el Gobierno se negó y por su cuenta tramitó un proyecto de ley estatutaria para regular el plebiscito, hecho que motivó varios reclamos por parte de los cabecillas de la guerrilla. La polémica culminó el 23 de junio de 2016, cuando las partes manifestaron que acogerían el mecanismo de refrendación que adoptara la Corte Constitucional en su sentencia de revisión de la Ley 1806 de 2016.

Este hecho corrobora el rol del Tribunal en el proceso de construcción de paz en el país, ya que mereció la confianza de los negociadores para dirimir una de las discusiones más álgidas de la mesa. En su providencia, la Sala Plena aprobó la realización del plebiscito y resaltó la importancia de la consecución de la paz y de las garantías de participación en la democracia colombiana. No obstante, dejó claros varios aspectos a la hora de especificar reglas sobre la consulta electoral, dentro de ellas, su poder vinculante, la publicidad en las campañas, su modo de financiación, entre otros (Sentencia C-379, 2016).

Como resultado de todo lo anterior, se verifica que la Corte ha obtenido grandes logros que han servido como presupuestos para alcanzar la paz. Su nacimiento no solo fue producto de un proyecto constitucional que tomó como bandera la paz, sino que demostró que los acuerdos políticos firmados sobre el papel pueden cambiar realidades, y que un adecuado y estricto control constitucional es necesario para materializar esas transformaciones.

Asimismo, marcó como característica del Estado la defensa irrestricta de los derechos fundamentales y con sus sentencias sobre el derecho a la paz fue marcando el destino de los sucesos venideros y las providencias sobre el Marco Jurídico, le dio legitimidad a la justicia transicional y fortaleció la posibilidad de llegar a un acuerdo. De igual forma, en la sentencia sobre el plebiscito, demostró su apoyo a la paz sin dejar de hacer un control efectivo y condicionar varios aspectos en defensa del orden institucional colombiano.

2. Retos de la Corte Constitucional de cara a la implementación de los acuerdos de paz

Aunque los logros alcanzados por el Alto Tribunal han tenido un importante significado, el pano-

rama actual vislumbra que este deberá enfrentar aún mayores desafíos y pruebas. Los acuerdos de paz y los instrumentos jurídicos, que se establezcan con el fin de darles fuerza normativa y proceder a su implementación, representan un reto de grandes proporciones para el Estado y la sociedad colombiana. Por su parte, la Corte Constitucional tendrá que asumir arduas tareas, razón por la cual, en adelante se analizará de manera prospectiva cada una de ellas.

En primer lugar, se destaca la determinación de la naturaleza jurídica que tendrán los acuerdos, aspecto que ha motivado un álgido debate. El Acto Legislativo 01 de 2016, diseñado para la implementación del primer acuerdo obtenido con las Farc-EP, establecía en su artículo 4 que se consideraba un “acuerdo especial” en los términos del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, el cual da esa categoría a los pactos que se celebran en medio de un conflicto armado no internacional.

Como consecuencia de lo anterior, el Acto Legislativo disponía que todo el Acuerdo entraba a formar parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto “para ser tenido en cuenta durante el periodo de implementación (...) como parámetro de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final” (Congreso de la República, 2016).

Varios sectores del país consideraron que se estaba sustituyendo la Carta de 1991 mediante la incorporación automática de 297 páginas a su articulado. En defensa del Acto Legislativo, se planteaba el deseo de dar seguridad jurídica a lo convenido entre las partes y evitar que un gobierno posterior lograra su modificación. Ahora bien, las implicaciones jurídico-constitucionales y políticas de la naturaleza que se le dé a los acuerdos no son menores y pueden afectar o contribuir al orden institucional.

Conforme a lo señalado por Alejandro Ramelli (2016), experto en temas constitucionales y del

ius in bello o Derecho Internacional Humanitario, hay ciertos puntos que sí podrían considerarse un acuerdo especial; por ejemplo, los compromisos alcanzados en desminado humanitario, entrega de menores y cese al fuego, sin que esto signifique necesariamente que entren a ser parte del bloque de constitucionalidad. También sostiene que cada Estado determina cuál es el valor jurídico de este tipo de convenios y, en ese sentido, plantea que una parte de ellos podría ser incorporado a la Constitución mediante los mecanismos existentes, y otra sección podría ser tramitada mediante leyes estatutarias, con lo cual, se garantiza que las reformas de carácter ordinario respetarán lo establecido en ellas.

En todo caso, determinar con exactitud la naturaleza jurídica de los acuerdos es uno de los retos de la Corte Constitucional, ya que será un tema sobre el cual ejercerá su control y será ella quien establezca de manera definitiva la validez de lo pactado y si contraría o no la Carta Política.

Como segundo aspecto a analizar, se encuentra el mecanismo de implementación de lo pactado. Dada la importancia y amplitud de los temas que han sido tratados en las negociaciones, los textos finales sirven como fundamento o base de la consecución de la paz, pero su materialización requiere de múltiples reformas a nivel constitucional, legal y administrativo. No obstante, una aplicación de las reglas ordinarias que rigen al Congreso, encargado de tramitar, debatir y aprobar esas modificaciones, significaría un lapso de varios años para lograr el fin mencionado.

Al tener presente esta dificultad, el Congreso aprobó el Acto Legislativo 01 de 2016, mencionado con anterioridad, el cual también incluía un procedimiento legislativo especial diseñado para facilitar la implementación de lo pactado, por lo que se le denominó procedimiento fast track. Se establecía una reducción de los debates necesarios para aprobar los actos legislativos, la obligación de debatir las reformas a las leyes de manera conjunta entre las

comisiones de las Cámaras, una forma de votación en bloque que impedía la aprobación o el rechazo de cada artículo, y se limitaba la inclusión de modificaciones al consentimiento previo del Gobierno Nacional (Congreso de la República, 2016).

Si bien este Acto Legislativo no entró en vigencia debido a la fallida refrendación del 2 de octubre de 2016, sí mostró las dificultades que representa el diseño de reglas legislativas especiales. Uno de los argumentos recurrentes en los promotores del NO fue justamente el rechazo al procedimiento fast track, pues se afirmaba que contrariaba las reglas democráticas, que atentaba contra la función esencial de todo parlamento de ejercer un verdadero control político al Gobierno, que se sacrificaba el derecho fundamental a la participación, que se ponía en cabeza del Ejecutivo un excesivo poder y que, como resultado de todo lo anterior, suponía una sustitución de la Carta de 1991 que la Corte Constitucional debía impedir.

Este último punto hace necesario describir el trascendental rol que tiene el Alto Tribunal frente a las reformas constitucionales que aprueba el Congreso de la República. Este no solo hace una revisión de los aspectos eminentemente formales que determinan su paso por el Legislativo, sino que realiza un juicio de sustitución, en el cual la Corte hace una indagación de fondo sobre el contenido del Acto. Si bien una vez es aprobado pasa a ser parte de la Constitución, se ha establecido que el Congreso no puede afectar o reemplazar bases esenciales del texto de 1991, ya que estaría sustituyéndolo, y para ello solo tiene competencia una Asamblea Nacional Constituyente (Guerrero, 2014, pp. 21-30).

Para ilustrar a profundidad la importancia del juicio o test en cuestión, se resalta la aplicación que de este ha hecho el Tribunal. Una de las sentencias más importantes, y de mayor relevancia política en su momento, fue la providencia C-141 de 2010 que impidió la convocatoria a un referendo para que se decidiera si era posible que el Presiden-

te optara por la reelección de manera indefinida (Corte Constitucional, 2010).

El contexto de dicha decisión se enmarcó en la presidencia de Álvaro Uribe, quien tras conseguir el poder en 2002 y presentar cifras record en popularidad promovió un cambio a la Constitución para permitir la reelección por una ocasión, hecho que le permitió ganar las elecciones de 2006. Con posterioridad, sus seguidores intentaron un referendo, inscribieron las respectivas firmas y el Legislativo aprobó la convocatoria, pero la Corte decidió impedir esa posibilidad debido al peligro de generar un desequilibrio entre los poderes públicos (Corte Constitucional, 2010).

En consecuencia, es menester afirmar que el test de sustitución es de gran relevancia y presenta el mayor cuidado, ya que fue diseñado como un instrumento de ultima ratio para garantizar la integridad de la Carta de 1991. Su aplicación a la revisión constitucional de los acuerdos de paz y del procedimiento legislativo especial que llegue a pactarse entre las partes y aprobarse por el Congreso será tal vez el mayor reto que deberá enfrentar la Corte, dada la especial coyuntura en la que se encuentra el Estado colombiano.

En tercer lugar, se destaca que la institución en estudio no solo procederá a revisar los instrumentos jurídicos que determinen la naturaleza de los acuerdos y el mecanismo de su implementación, también ejercerá control sobre las normas jurídicas que se creen para llevar a la realidad lo pactado con los movimientos insurgentes. Como se ha explicado previamente, lograr ese objetivo implica la modificación de una gran cantidad de disposiciones.

De manera inicial, el Acto legislativo 01 de 2016 establecía que ese control sería único y automático, y que estaría sujeto a un plazo reducido no prorrogable (Congreso de la República, 2016). Frente a estos puntos, es menester mencionar varios aspectos problemáticos, establecer un control único de todas las leyes, incluidas las ordinarias; signi-

ficaría una limitación a la posibilidad de los ciudadanos de ejercer acciones públicas en contra de ellas y reducir los plazos que tiene la entidad para fallar; no se consulta la capacidad institucional y administrativa con la que actualmente dispone.

Ahora bien, sea único, automático, posterior o previo, es claro que el Tribunal tendrá el reto de verificar la constitucionalidad de Actos Legislativos, leyes de toda clase y decretos con fuerza de ley. En el ejercicio de esa función, la Corte podrá realizar diferentes condicionamientos de manera independiente, ya que puede emitir fallos de exequibilidad condicionada, en los cuales tiene la facultad de suprimir alguna expresión por considerarla inconstitucional, delimitar la única interpretación de un texto o, incluso –si se presenta una omisión legislativa–, puede añadir expresiones o supuestos no previstos.

Este aspecto realza la importancia que tendrán sus sentencias y el rol que tendrá en el proceso de construcción de la paz que se espera alcanzar. Uno de los temas en los cuales existe un consenso prácticamente absoluto es que el Tribunal deberá ser la última garante de la conformidad de los acuerdos con la Constitución y el orden institucional establecido en ella.

Como último factor a tener en cuenta, se incluye la justicia transicional y la determinación del organismo judicial que se encargará de aplicarla a cada caso concreto. El Acuerdo Final con las Farc-EP establece una Jurisdicción Especial para la Paz como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, que tiene como objetivo la satisfacción de los derechos de las víctimas.

Dentro de los temas pendientes, se enfatizan la reglamentación de las facultades del Tribunal de Paz y su autonomía respecto a la Rama Judicial del poder público, las condiciones de amnistía de los integrantes de las Farc-EP y del ELN, la conexidad del narcotráfico con el delito de rebelión y la fijación de penas alternativas a la cárcel para los máximos responsables de crímenes de guerra y lesa humanidad.

Ahora bien, esta nueva jurisdicción deberá resolver casos de gran complejidad en los que determinará lo ocurrido en numerosos sucesos trágicos del conflicto armado colombiano, los responsables de los crímenes más graves y la sanción a imponer con base en el grado de verdad que se aporte, el nivel de participación en el hecho, la gravedad del mismo y los compromisos que se realicen frente a la reparación de las víctimas.

Aunque, en principio, parezca un tema desligado jurídicamente de la jurisdicción constitucional y primen planteamientos relativos al Derecho Penal nacional e internacional, en este ensayo académico se destaca la labor que desempeñará la Corte Constitucional frente a los fallos que se profieran.

En Colombia, la protección de los derechos fundamentales, vía acción de tutela, implica que ninguna entidad estatal puede vulnerar garantías de los ciudadanos; en consecuencia, las sentencias judiciales que profieran tribunales de tal categoría como la Corte Suprema de Justicia, órgano de cierre de las jurisdicciones civil, laboral y penal y el Consejo de Estado, entidad equivalente en la jurisdicción contenciosa administrativa, pueden ser objeto de acción de amparo.

La Corte Constitucional, en su función de revisión de las sentencias de tutela, puede eventualmente escoger una providencia de los jueces de instancia y pronunciarse al respecto, figura que se conoce como acción de tutela contra providencia judicial. Si una persona interpone un amparo al considerar que el Tribunal de Paz vulnera o amenaza sus derechos fundamentales, la Corte podría entrar a estudiar el caso y fijar lineamientos constitucionales de gran trascendencia para la aplicación de la justicia transicional.

Como resultado de todo lo anterior, los retos que le esperan al juez encargado de defender la supremacía e integridad de la Constitución Política son diversos y de gran relevancia. En el rol que desempeñará durante el proceso de construcción de paz en el país, deberá analizar la constitucionalidad de

la naturaleza jurídica que se le dé a los acuerdos, de su mecanismo de implementación y de las múltiples reformas legislativas que se tramitarán para llevarlos a la realidad; incluso, en sede de tutela, revisará casos resueltos por la jurisdicción de paz.

Por consiguiente, el papel de la Corte resultará determinante y se convertirá en un auténtico órgano de cierre y control a todo el proceso de implementación de los acuerdos. En este sentido, el Tribunal Constitucional tendrá la imperiosa obligación de guardar un delicado y complejo equilibrio entre la defensa del orden institucional establecido y la consecución de una paz que verdaderamente cumpla con los adjetivos: estable y duradera.

3. Las amenazas que se ciernen sobre las funciones de la Corte Constitucional

Como último eje de análisis de este ensayo, se plantean las amenazas que harán frente a las funciones de la Corte de cara a los retos ya explicados. Más allá de la polarización en la que se encuentra el país, los próximos años implicarán varios sucesos que alterarán el espectro político de la democracia colombiana y que pueden influir de manera negativa en el Tribunal.

En el año 2017, cinco de los nueve magistrados de la Corte Constitucional terminarán sus periodos de ocho años, a saber, María Victoria Calle, Jorge Pretelt (hoy apartado de su cargo), Luis Ernesto Vargas, Gabriel Eduardo Mendoza y Jorge Iván Palacio (Corte Constitucional, 2016). En consecuencia, en un espacio de seis meses el Senado de la República deberá escoger nuevos magistrados de sendas ternas que envíen la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Presidente de la República (Asamblea Constituyente, 1991).

Dicho fenómeno, totalmente atípico, coincidirá con la elección de los magistrados que conforma-

rán el Tribunal de Paz, el desarme y transición de los militantes de las Farc-EP a la vida civil, la creación del partido político resultante y, finalmente, con las vicisitudes que conlleve la negociación con el ELN. Además, tendrá lugar al mismo tiempo que la puesta en marcha de las campañas de los futuros candidatos presidenciales en las elecciones de 2018, con lo cual, la coalición política de la Unidad Nacional podría desarmarse y con ella las mayorías que hoy tiene el presidente Juan Manuel Santos.

Como producto de lo anterior, se ha de afirmar que será justamente ese ambiente político en el cual se elegirán los futuros magistrados de la Corte Constitucional. Al ser cinco los nuevos integrantes, podrían alterar las mayorías existentes o podrían fragmentar en más de dos partes las discusiones de la Sala Plena. En todo caso, el peligro es que se presente una mayor politización de la entidad, se convierta en un escenario de debate político adicional al Legislativo y deje de lado su especial labor de control jurídico-constitucional.

Lo que se requiere es la elección de magistrados que cuenten con las calidades académicas y humanas que necesita un cargo de tal relevancia para el futuro del país. Deben tener las capacidades para hacer frente a los particulares retos que tendrá la Corte Constitucional, razón por lo cual, se deberían preferir aquellos juristas que cuenten con conocimientos relativos a la justicia transicional, el Derecho Internacional Humanitario, el conflicto armado interno, entre otras materias afines.

Es indispensable que la Corte se aparte de la amenaza de la corrupción, la cual se ha convertido en una mácula a la idoneidad del Tribunal y en un factor que le resta legitimidad a sus funciones y decisiones. Algo que debe caracterizar a cada magistrado es justamente lo contrario: la transparencia, la independencia y la imparcialidad, cualidades que tiene que poseer todo juez y en especial un tribunal con el rol que ya ha sido explicado.

Conclusiones

En el presente ensayo académico, se relacionan dos aspectos fundamentales para el Estado colombiano. Por una parte, se encuentra el papel de la Corte Constitucional al haber logrado posicionarse en un alto peldaño del ordenamiento jurídico y del sistema político del país, y por otra, el fenómeno del conflicto armado interno y los sucesos que acompañan la consecución de la paz con las guerrillas de las Farc-EP y el ELN, hecho que no solo resulta histórico, sino que puede ser determinante para el futuro de la Nación.

Se destaca que han sido grandes los aportes de la Corte Constitucional a la confluencia de las condiciones sociopolíticas que se dan en la actualidad y que han permitido alcanzar un momento de inflexión en el conflicto. Su control demostró que era posible convertir los acuerdos políticos, firmados en el papel, en realidades que transforman la vida de millones de colombianos, algo que contribuye a la confianza necesaria que debe existir para la desmovilización de los grupos insurgentes.

Ahora bien, el logro señalado enseña que se requiere un adecuado y estricto control jurídico de las dinámicas políticas, finalidad esencial del Derecho Constitucional, pues esa es la mayor garantía que puede existir de la no vulneración de las condiciones pactadas, en un futuro en el cual cambien el panorama, las estrategias y los consensos.

Al dar fe de su nacimiento como producto de un proyecto constitucional que tomó como bandera la paz, la Corte ha jugado un rol importante en su construcción a través de los años; su enfoque centrado en la protección de los derechos de las víctimas se ha constituido en el principal propósito de los dos procesos de negociación, y sus sentencias sobre el Marco Jurídico para la Paz son justamente el límite bajo el cual giran las discusiones sobre la justicia transicional.

De otro lado, se resalta también que los textos de los acuerdos servirán como base o fundamento para la consolidación de la paz; sin embargo, se requerirá una gran cantidad de reformas constitucionales, legislativas y administrativas que deberán determinar, en la práctica, diversos aspectos necesarios para materializar lo convenido. Por esta razón, los retos a futuro serán aún mayores para el Estado colombiano y, de manera específica, para la Corte Constitucional.

Uno de ellos, será el mecanismo de implementación que se llegue a adoptar. El Acto Legislativo 01 de 2016 dejó entrever las dificultades que tiene el establecimiento un procedimiento especial que permita una ejecución rápida y eficaz de lo convenido, pero que, a la vez, respete las condiciones institucionales existentes. La Corte deberá pronunciarse al respecto y decidirá en qué condiciones se abrirá la puerta a los múltiples cambios que se realizarán al ordenamiento jurídico.

Con relación a esto, es menester indicar que existe un consenso casi absoluto entre los partidos políticos actuales y los grupos subversivos, en el cual, el Tribunal Constitucional deberá ser el último garante de la conformidad de los acuerdos con la Carta Política, hecho que realza la legitimidad de su rol en los años venideros.

Por lo anterior, y dada la confianza que se ha depositado en la Corporación, la Alta Corte deberá hacer un uso cuidadoso del juicio de sustitución, el cual se ha planteado en este ensayo como un mecanismo de ultima ratio constitucional que debe utilizarse únicamente cuando está verdaderamente en riesgo una base del andamiaje institucional colombiano. Del mismo modo, los fallos de equibilidad condicionada pueden utilizarse para suprimir, delimitar una interpretación o agregar supuestos diferentes a los textos aprobados, aspecto que puede ser garantía a futuro o una problemática de gran calado si los condicionamientos afectan puntos centrales de lo convenido.

El rol de la entidad en estudio no solo estará determinado por ser la que establezca de manera

definitiva si la naturaleza jurídica de los acuerdos y el mecanismo de su implementación son exequibles, sino que también mantendrá una verificación continua de las múltiples reformas que se vayan realizando. De igual manera, tendrá la facultad de revisar las sentencias de tutela que se profieran con base en la aplicación de la justicia transicional a cada caso concreto, lo cual extiende aún más sus funciones en el tiempo.

Por otra parte, se debe hacer hincapié en el fenómeno atípico que se dará en los próximos meses con el cambio de cinco magistrados, algo que merece especial atención y que confluirá con varios sucesos que podrían afectar a la institución de manera negativa. Se unirán a este proceso las vicisitudes relativas a la paz con las Farc-EP, los diálogos con el ELN y el inicio de las campañas presidenciales de todas las colectividades políticas. Ante todo, se deberá evitar una mayor politización de la Corte y garantizar la idoneidad y transparencia de sus nuevos integrantes.

El Alto Tribunal tendrá la importante labor de ser el órgano de cierre y de máximo control constitucional de la construcción de paz en Colombia y, con ella, de la consolidación definitiva del Estado, razón por la cual, deberá ejercer con gran responsabilidad sus funciones y guardar un delicado y estricto equilibrio entre el control y la defensa del orden institucional establecido, y el apoyo a uno de las mayores propósitos de toda nación: la consecución del fin del conflicto armado interno y la verdadera materialización de una paz estable y duradera.

Referencias bibliográficas

Ambos, K.; Zuluaga, J. (2014). "Análisis del fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz". *Ámbito Jurídico* 24 de febrero al 9 de marzo de 2014. Recuperado de: http://www.kas.de/wf/doc/kas_36700-1522-4-30.pdf?140227200808

Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991. Recuperado de: <http://www.>

alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125

Castro, A. (2010). El papel político-jurídico de la Corte Constitucional colombiana: 2002 - 2010. Universidad Pontificia Javeriana. Recuperado de: <http://repository.javeriana.edu.co/bitstream/10554/7719/1/tesis381.pdf>

Congreso de la República. Acto Legislativo 001 de 2016 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Recuperado de: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>

Congreso de la República. Proyecto de ley estatutaria “Por medio de la cual se regula el plebiscito para la refrendación del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”. Recuperado de: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=1039&p_numero=156&p_consec=43546

Corte Constitucional. Sentencia SU-198 de 2013. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/SU198-13.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>

Corte Constitucional. Sentencia T-265 de 2014. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-265-14.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2014. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>

Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 2016. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-379-16.htm>

Corte Constitucional. Magistrados actuales. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/magistrados.php>

Easton, D. (2006). Esquema para el análisis político. Madrid: Editorial Amorrortu.

Gobierno Nacional y Farc-EP. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Recuperado de: <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Paginas/Texto-completo-del-Acuerdo-Final-para-la-Terminacion-del-conflicto.aspx>

Gobierno Nacional y ELN. Acuerdo de diálogos para la paz de Colombia entre el Gobierno Nacional y el Ejército de Liberación Nacional. Recuperado de: http://es.presidencia.gov.co/Documentos/20160330_AcuerdoPazELN.pdf

González, E. (2013). Constitución de 1991 y Marco Jurídico Para la Paz en Colombia. Universidad Libre. Recuperado de: <http://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7707/GonzalezRoaElizabeth2014.pdf?sequence=1>

Guerrero, D. (2014). Pesos, contrapesos y juicio de sustitución: Jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a los ajustes de Ingeniería Constitucional en Colombia. Universidad Nacional de Colombia. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/40050/1/6701031.2014.pdf>

Losada, R; Casas, A. (2010). Enfoques para el análisis político: historia, epistemología y perspectivas de la ciencia política. México: Editorial Siglo del hombre editores.

Navarro, A. (1991). Discurso de Antonio Navarro Wolf el día 04 de julio de 1991. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=s5y0TJvtTGY>

Ramelli, A. (08 de julio de 2016). Los Acuerdos Humanitarios o Acuerdos Especiales a la luz de la relación entre el Derecho interno y el Derecho internacional. Conferencia pronunciada en la Corte Constitucional, Bogotá D.C, Colombia.

Tsebelis, G. (2002). Veto Players. How political institutions work. New York: Princeton University y Russell Sage Foundation



Constitución, cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia en Colombia*

Esteban Enrique Tamayo Torres**

Resumen

Se analiza el patrimonio de familia inembargable en Colombia, una figura jurídica que ha venido siendo muy usada por las personas al adquirir un inmueble, con el fin de protegerlo de terceros que tengan la pretensión económica de recaer sobre el mismo. A través de los años, el legislador ha permitido que esta figura sea constituida, cancelada y/o sustituida por medio de las vías judicial y notarial. En este trabajo se expondrá el respectivo trámite en cada vía y se explicará cómo a través de la vía notarial el legislador buscó descongestionar la administración de justicia e hizo que la constitución, cancelación y/o sustitución de esta figura jurídica fuera más ágil y eficiente. Para un mejor análisis es necesario conocer la regulación existente en el país y, a su vez, darse cuenta de que Colombia no es el único en el mundo que busca proteger la vivienda familiar.

Palabras clave

Patrimonio de familia inembargable, protección a la vivienda familiar, descongestión de la administración de justicia.

Introducción

En Colombia se creó en el año 1931 la figura jurídica denominada patrimonio de familia inembargable, por medio de la cual se busca poner a salvo el patrimonio familiar de las pretensiones económicas de terceros; se caracteriza por ser un patrimonio especial con calidad de no embargable y cuya constitución puede efectuarse por acto testamentario o por acto entre vivos. Su principal finalidad es la de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar en su sostenimiento y desarrollo, y salvaguardar su hogar y los bienes necesarios para

*Artículo recibido el 11 de octubre de 2016 y aceptado el 17 de noviembre de 2016.

**Estudiante de décimo semestre de Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Correo electrónico: estebantato@unisabana.edu.co

su supervivencia en condiciones de dignidad.

En el artículo 11 de la Ley 70 de 1931, por la cual se autoriza la constitución del patrimonio de familia no embargable, se estableció que el trámite del ordenamiento de esta figura solo se puede realizar mediante autorización judicial. Pero, hoy en día, gracias al Decreto 2817 de agosto de 2006 es posible establecer mediante escritura pública el patrimonio de familia inembargable de manera voluntaria ante el Notario del Círculo en el que se encuentre ubicado el bien inmueble objeto de la limitación. Este cambio dio la posibilidad a los interesados de poder escoger libremente entre la vía judicial o la vía notarial, según consideren una u otra más adecuada y conveniente a sus propósitos e intereses.

En cuanto al trámite de la cancelación y/o sustitución de esta figura sobre un bien inmueble, se estableció en el Decreto 1664 de 2015, que es posible realizar también ante Notario este proceso, con el fin de lograr la descongestión de la administración de justicia y seguir las reglas previstas en los artículos 84 a 88 del Decreto 019 de 2012, conocido como la Ley anti-trámites. La cuestión generó polémica respecto a la realización de este proceso ante Notaría, ya que se había establecido que, cuando hay menores de edad en el trámite judicial, se requiere un proceso especial y diferente para protegerlos, lo que debe tenerse en cuenta también en el trámite notarial.

Para entender mejor y comprender a fondo esta figura jurídica, se hará un análisis de los diferentes trámites que se pueden realizar sobre un bien inmueble respecto del patrimonio de familia en Colombia, al tener en cuenta la legislación nacional y conocer un poco la protección a la vivienda familiar que existe en algunos países.

Los interrogantes a resolver son los siguientes: ¿con qué intención el legislador dispuso que el patrimonio de familia pudiera constituirse, sustituirse o cancelarse ante las notarías?, ¿esto ha brindado agilidad y eficiencia al trámite?

El objetivo general del ensayo es determinar la intencionalidad del legislador al designar el trámite de la constitución, cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia a las notarías. Los objetivos específicos son, analizar y comprender la regulación existente sobre esta figura jurídica en Colombia y la regulación en el derecho comparado; revisar en qué consiste la figura de afectación a vivienda familiar y en qué se diferencia del patrimonio de familia inembargable; y determinar las diferencias entre el trámite judicial y notarial en la constitución, cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia inembargable.

1. Estado del arte

Actualmente, el patrimonio de familia inembargable no solo está contemplado en la Ley 70 de 1931 y sus posteriores leyes modificatorias, sino también en la Constitución Política, en el inciso 2 del artículo 42, lo que le otorga a esta figura un carácter esencial dentro de la formación y desarrollo de la familia como núcleo básico de la sociedad colombiana.

Después de un tiempo, la Ley 70 de 1931 sufrió algunas modificaciones, que principalmente consistían en la pérdida de algunas de las formalidades impuestas por esta ley para la constitución del patrimonio de familia.

En principio, el artículo 3.º de la Ley 70 de 1931 determina que el patrimonio de familia no puede constituirse sobre el dominio que esté gravado con hipoteca. Sin embargo, la excepción la fija el Decreto 1762 de 2004, que reglamentó la Ley 861 de 2003, al prever la embargabilidad del patrimonio de familia constituido por la madre cabeza de familia, por parte de las entidades que hayan otorgado crédito hipotecario para la adquisición de vivienda, como lo regula la Ley 546 de 1999 o la ley marco de financiación de vivienda (Jurídica Supernotariado [JS], 2006).

Esto quiere decir que aquella entidad que financia la compra de una vivienda es la única a la que no puede ser oponible la figura del patrimonio de familia inembargable, aunque, según lo dice el inciso 2 del artículo 22 de la Ley 546 de 1999, esta figura:

(...) solo tendrá efecto cuando el crédito de vivienda haya sido otorgado por un valor equivalente como mínimo al cincuenta por ciento (50 %) del valor del inmueble. El patrimonio de familia así constituido perderá su vigencia cuando el saldo de la deuda represente menos del veinte por ciento (20 %) de dicho valor.

A su vez, en el tercer inciso de este artículo se afirma que sin perjuicio de lo que se establece en el segundo, una vez se constituye el patrimonio de familia y mientras la deuda se encuentre vigente, este no podrá ser levantado sin la autorización del acreedor hipotecario.

Mediante leyes posteriores y algunas variaciones a la Ley 70 de 1931, se crearon dos tipos o clases de patrimonios de familia inembargables, uno voluntario o facultativo y otro obligatorio. El primero se encuentra reflejado y constituido en lo estipulado por la Ley 70 de 1931, reformado por la Ley 495 de 1999, que comparte esta misma condición con el patrimonio de familia, regulado en la Ley 861 de 2003, en lo que se refiere a la madre y al padre cabeza de familia; y en el artículo 22 de la Ley 546 de 1999, cuando se trata de la vivienda adquirida mediante el sistema de financiación y ahorro que se consagra en dicha ley cuando todavía se tenga una deuda para adquirir la propiedad plena del bien (Sentencia C-317, 2010). La persona interesada en constituir este tipo de patrimonio tiene que cumplir con ciertas exigencias establecidas por estas leyes y, de esta forma, decidir si presenta o no los documentos necesarios para verificar el cumplimiento de los requisitos; aunque, entre estas mismas leyes existen ciertas diferencias en cuanto a los que se refieren a la constitución del patrimonio.

Mientras en el patrimonio de que trata la Ley 70 de 1931 se establece que el bien inmueble no puede superar los doscientos cincuenta salarios mínimos legales vigentes (250 smlmv), en los constituidos en viviendas de interés social construidas como mejoras en predio ajeno, que establece el parágrafo del artículo 5.º de la Ley 258 de 1996, las viviendas financiadas conforme a la Ley 546 de 1999 y las viviendas de las madres o padres cabeza de familia, que establecen la Ley 861 de 2003, no se instaura monto límite alguno, es decir que puede constituirse dicha garantía por el valor total del respectivo inmueble (Sentencia C-317, 2010).

El segundo, que es el patrimonio de familia obligatorio, es aquel que, como lo determina la Corte Constitucional en la Sentencia C-317 de 2010, se consagra por ministerio de la ley cuando se trata de vivienda de interés social (VIS), salvaguarda que ha sido regulada mediante las leyes 91 de 1936, 9.ª de 1989 y 3.ª de 1989; y en su constitución, aunque el tope límite se eliminó con la reforma del artículo 60 de la Ley 9.ª de 1989. Hay que tener en cuenta que en el artículo 83 de la Ley 1151 de 2007 del Plan Nacional de Desarrollo se dispone que el valor máximo de una vivienda de interés social será de ciento treinta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes (135 smlmv), valor que se constituye de alguna en el tope máximo del patrimonio de familia en este tipo de viviendas.

Ahora bien, al tener claro lo que es el patrimonio de familia y su regulación existente en cuanto a su constitución, es procedente entender la cancelación y/o sustitución de esta figura jurídica, situaciones que se dan cuando una persona quiere cancelar el patrimonio de familia que posee un bien inmueble y, a su vez, también desea sustituirlo, con lo cual se transfiere la figura jurídica sobre otro bien inmueble.

El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que permita la entrada del bien a su patrimo-

nio particular sometido al derecho común; pero, si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio y con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc (Art. 23, Ley 70 de 1931).

De esta forma entramos a entender las exigencias de la ley para cancelar y/o sustituir el patrimonio de familia inembargable, como se dijo anteriormente. En los casos en que la adquisición de la vivienda fue financiada por una entidad con más del 50 % de la misma, el patrimonio de familia perderá su vigencia cuando el saldo de la deuda represente menos del 20 % del valor de dicha financiación; situación que se entendería, en estos casos, como una cancelación involuntaria de esta figura jurídica. En cuanto a la cancelación y/o sustitución voluntaria del patrimonio de familia, la ley fija un trámite más dispendioso y riguroso para los casos en los que existan hijos menores de edad, pues es necesaria la intervención de un curador ad hoc para salvaguardar los derechos de los menores. Con relación a esto han existido controversias frente al trámite notarial y judicial, tema que será tratado más adelante.

2. El patrimonio de familia en el Derecho comparado

Es bueno conocer y tener en cuenta la regulación existente en algunos países del mundo respecto esta figura jurídica. En la Sentencia C-317 de 2010, la Corte Constitucional realizó un estudio sobre la regulación de la figura jurídica del patrimonio de familia en otros países. Se habla de las diferentes denominaciones que recibe esta figura, según el país que se está tratando. Por ejemplo, en Estados Unidos, se denomina Homestead exemption, la cual durante el siglo xix empieza a convertirse en

una figura que salvaguarda y protege la vivienda familiar contra los acreedores. En sus inicios, la figura Homestead exemption se estableció por primera vez en el Estado de Texas, en donde se promulgó la Ley de enero 26 de 1839, que establecía que el domicilio de un ciudadano y su familia quedaba exento de ser embargado si se declaraba ante la autoridad. Sin embargo, la inembargabilidad tenía límites respecto a los bienes rurales, los cuales no podían tener una extensión mayor de 50 acres; y respecto a los bienes urbanos, que no podían superar el valor de 500 dólares y un mobiliario cuyo valor no fuera mayor de 200 dólares. El exceso de esos valores hacía que el inmueble perdiera la calidad de inembargable. Esta legislación se adoptó en la gran mayoría de los Estados de EUA durante el siglo xix y principios del xx con distintas regulaciones (Sentencia C-317, 2010).

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-317 de 2010, ha manifestado las diferentes situaciones que ocurren en varios países en torno a la protección de la vivienda familiar. Respecto de Estados Unidos, la regulación del Homestead exemption depende de cada Estado. Así, por ejemplo, en Texas y en Florida no se tiene monto alguno con relación al valor del bien inmueble destinado a vivienda, mientras que en otros Estados se determina un monto del bien inmueble que se salvaguarda de los acreedores. Solo en dos Estados, Pennsylvania y Rhode Island, no se contempla dicha garantía (Sentencia C-317, 2010).

En Europa y Latinoamérica, la protección a vivienda familiar se ha concebido desde distintas terminologías. En Francia se denomina Bien de famille y protege la casa y, además, los utensilios, en el caso de una familia de artesanos. Actualmente, el valor del bien de familia no puede sobrepasar los 7622,45 euros. La institución se encuentra regulada bajo la Ley de 12 de julio de 1909. En Uruguay, El Salvador y México se denomina "Patrimonio familiar" o "Bien de familia" y se fija el máximo del valor del inmueble para constituirlo. En el caso mexicano, se incluye la institución jurídica en la Constitución de 1917 y en el Código Civil de 1928.

Se expidió una ley sobre el tema y en la exposición de motivos se indica que la institución es una garantía: “está destinada a proporcionar seguridad jurídica a la familia obrera y campesina mediante la afectación temporal de la casa-habitación urbana y la parcela rural cultivable. (...)” (Sentencia C-310, 2007). En el caso argentino, a partir de la Ley 14.394 de 1954 se considera aplicable la figura a los inmuebles “cuyo valor no exceda las necesidades del sustento y vivienda de la familia del propietario, según norma que se establece reglamentariamente” (Sentencia C-310, 2007). En algunos casos depende de las legislaciones provinciales, por ejemplo, en Buenos Aires no se tiene en cuenta tope alguno, pero si se trata de explotación agropecuaria, comercial o industrial, sí se hace

El caso de Brasil tiene una doble regulación en la institución jurídica denominada Bem de família. Existe un régimen convencional y uno obligatorio; el primero referido a un régimen de carácter voluntario regulado en el Código Civil (artículos 1711 a 1722), este se constituye sobre un bien urbano o rural con el fin de vivienda familiar y, asimismo, sobre los bienes y accesorios para su mantenimiento y el de la familia (art. 1712). El monto para constituir el patrimonio de familia no debe sobrepasar un tercio del patrimonio líquido de quien lo solicita y este se mantiene hasta que uno de los cónyuges muera, que los hijos cumplan de la mayoría de edad (art. 1716) o por orden judicial cuando el mantenimiento del bien no se pueda solventar. Con motivo de una reforma del año 2000, para seguir una tendencia italiana y, además, por la inutilidad práctica de la figura, Brasil modernizó la teoría jurídica de la institución. La reforma se refirió a que el patrimonio de familia se puede instituir también para títulos valores de deuda pública que “no podían ser embargados y estaban destinados a proteger o salvaguardar a la familia en su patrimonio” (Sentencia C-310, 2007). El segundo, referido al régimen obligatorio, está regulado en la Ley 8.009 de 1990 y menciona que “en Brasil todo bien inmueble destinado a la vivienda y al abrigo familiar será inembargable salvo las

excepciones legales” (Sentencia C-310, 2007). En el caso de Italia, se denomina Fondo patrimoniale y el Código Civil regula la figura jurídica, allí señala que los cónyuges o un tercero pueden constituir el patrimonio inembargable y su finalidad es enfrentar las necesidades de la familia. Este se inscribe en el Registro Público.

En la regulación del Fondo patrimoniale italiano no se establece ningún monto o límite para poder constituirlo. Se dispone, a su vez, que el fondo patrimonial cesa por la disolución del matrimonio o cuando los hijos menores cumplan la mayoría de edad (artículo 171 Código Civil) (Sentencia C-317, 2010).

Es evidente que en diferentes países del mundo existen diversas regulaciones en cuanto a la figura jurídica del patrimonio de familia o bien de familia. Esta protección tiene como fundamento brindar seguridad y vivienda digna a las familias de cada país, al tener claro que estas son el núcleo básico de cada sociedad y que a través de su crecimiento se llega a un desarrollo y progreso nacional. En cuanto al tope o límite de esta figura jurídica, en legislaciones latinoamericanas se acoge la tendencia de establecer un tope, aunque en países como Perú, en algunas provincias de Argentina y en Brasil, se da la posibilidad de salvaguardar la vivienda familiar mediante la figura del patrimonio de familia sin ninguna limitación económica respecto al valor del inmueble.

3. Protección y salvaguardia de la vivienda familiar en Colombia

En Colombia el legislador ha buscado la forma de proteger la vivienda para las familias al ofrecer ciertas figuras o instituciones que les brindan seguridad en caso de que, por diferentes situaciones, terceros tengan la intención de embargar o cobrar deudas con la vivienda. Esto asegura no solo la situación actual de las personas sobre esa vivienda,

sino también de aquellas personas que en un futuro puedan entrar a hacer parte del núcleo familiar, por ejemplo, hijos futuros. De igual forma, ofrece un mejor desenvolvimiento de la familia aún en momentos de crisis económica o financiera. Dos de las figuras jurídicas más eficaces y usadas en el país con el propósito de proteger las viviendas familiares son: la Afectación a Vivienda Familiar y el Patrimonio de Familia Inembargable. Estas medidas de salvaguardia recaen sobre el mismo objeto: el bien inmueble destinado a la vivienda familiar.

La Ley 258 de 1996 sobre Afectación a Vivienda Familiar, en su artículo 1.º expresa: “Entiéndase afectado a vivienda familiar el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno o ambos cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio, destinado a la habitación de la familia”. La principal consecuencia que se puede entender de esta figura jurídica es la inembargabilidad del inmueble; al respecto, el artículo 7.º de esta ley señala que los bienes inmuebles bajo afectación a vivienda familiar son inembargables, salvo en los casos en los que sobre el inmueble se haya constituido hipoteca antes de registrar la afectación, y en los que la hipoteca se hubiere constituido con el fin de garantizar algún préstamo para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda.

De esta manera, el inmueble afectado a vivienda familiar solo se puede embargar si se hipotecó con anterioridad a la fecha en que se registró la afectación a vivienda familiar; por supuesto que, en este caso, únicamente el beneficiario de la hipoteca puede solicitar el embargo y, a su vez, se puede embargar también cuando la hipoteca se constituye posteriormente a la fecha de registro de la afectación a vivienda familiar, si dicha hipoteca se constituyó para adquirir, construir o mejorar la vivienda objeto de afectación familiar. Esta es la razón por la que algunos bancos no aceptan como garantía un bien inmueble con afectación a vivienda, puesto que, en caso de que el deudor no pague, no le podrán embargar la vivienda.

Otro aspecto importante de esta figura es que para poder vender un inmueble afectado a vivienda familiar, se requiere la firma de los dos cónyuges, pues primero se debe levantar la afectación a vivienda familiar por escritura pública, para lo que se requiere que comparezcan ambos cónyuges.

En cuanto a su Constitución, el artículo 2.º de la Ley 258 de 1996 estipula que la afectación a que se refiere el artículo 1.º opera por ministerio de la ley respecto a las viviendas que se adquieran con posterioridad a la vigencia de esta ley. Los inmuebles adquiridos antes de la vigencia de la misma podrán afectarse a vivienda familiar mediante escritura pública otorgada por ambos cónyuges, o conforme al procedimiento notarial o judicial establecido en los artículos posteriores.

En la Ley 258 de 1996, la afectación de vivienda tiene lugar únicamente cuando el bien inmueble destinado a la habitación de la familia hubiera sido adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio. Esta norma fue demandada en el 2002 ante la Corte Constitucional por considerar que se limitaba la protección de la afectación de vivienda solo al caso de los bienes propios de uno de los cónyuges, pero no se daba la salvaguardia cuando el bien era de los dos cónyuges o compañeros.

Posteriormente, esto fue reformado con la Ley 854 de 2003, en la que se estableció en el artículo 1.º que la garantía opera no solo cuando el bien inmueble destinado a vivienda sea propiedad de uno de los cónyuges, sino también sobre el bien inmueble destinado a la vivienda familiar adquirido por ambos cónyuges. De tal manera que, en la actualidad, la afectación de vivienda familiar tiene lugar sobre el bien inmueble destinado a vivienda indistintamente de si el inmueble pertenece a uno de los cónyuges o si este pertenece a los dos, lo que da lugar a que la figura de la afectación de vivienda y la del patrimonio de familia sean cada vez más semejantes con relación a este aspecto.

Como se ha logrado observar, las figuras jurídicas de la afectación a vivienda familiar y el patrimonio de familia poseen bastantes similitudes por tener un mismo objeto, pero resaltan varias diferencias que hacen que cada figura sea autónoma e independiente.

Uno de los aspectos que diferencian a estas dos figuras jurídicas es que, en el caso del patrimonio de familia, el estado civil del adquirente del bien no es determinante para su constitución, mientras que en la afectación de familia debe estar vigente la sociedad conyugal o patrimonial para su constitución. Otra de las principales diferencias que se presentan es que el valor del bien que quiera constituirse como patrimonio de familia no debe superar los doscientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales (250 smlmv); en cambio, para la afectación de un bien inmueble, no importa el valor, su único requisito es que esté destinado a vivienda.

Sobre la subsistencia de ambas figuras, el patrimonio de familia subsiste después del divorcio, a favor del cónyuge sobreviviente, aun cuando no tenga hijos; muertos ambos cónyuges, subsiste a favor de los hijos menores. En cambio, la afectación de vivienda familiar se extingue por la muerte de uno o ambos cónyuges, es decir que en este caso, los descendientes no son beneficiarios.

Ahora bien, es indispensable tener claro cómo se puede solicitar la cancelación de estas figuras jurídicas. En el patrimonio de familia, la autorización de cancelar, cuando hay hijos menores de por medio, se puede realizar ante notario o juez, aunque, en este caso, el trámite es más dispendioso que si no existieran hijos menores, pues en el trámite notarial se debe pedir autorización al Defensor de Familia del lugar donde se encuentre ubicado el predio y demostrar que no se va a perjudicar y dejar desamparado al menor con la cancelación del patrimonio. Mientras que en la afectación, solo basta que ambos cónyuges o compañeros estén de acuerdo, sin tener en cuenta la edad de los hijos.

Para terminar de entender estas dos figuras jurídicas, en la Sentencia C-560 de 2002 la Corte Constitucional precisó:

Con el patrimonio de familia se protege un inmueble como patrimonio familiar, dándole el carácter de inembargable e indistintamente de que él aparezca registrado a nombre de uno de los cónyuges o compañeros o de ambos. Ello es así porque lo que se pretende es poner a salvo el patrimonio familiar de las pretensiones económicas de terceros. En cambio, con la afectación a vivienda familiar, a más de la inembargabilidad del inmueble, se pretende poner a salvo al cónyuge o compañero no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del cónyuge propietario en el entendido que estos pueden afectar el derecho a una vivienda digna de que aquellos son titulares. Precisamente por ello, los actos de disposición deben ser suscritos por los dos cónyuges o compañeros, así el bien aparezca registrado a nombre de uno de ellos.

4. Trámite notarial y judicial para el patrimonio de familia

Al tener clara la regulación existente en el país sobre esta figura jurídica, es pertinente hablar sobre el trámite de la misma, es decir, lo que hay que hacer para poder constituir, cancelar y/o sustituir el patrimonio de familia inembargable sobre un bien inmueble, ya sea a través del trámite notarial o judicial, ámbitos que han sido bastante controvertidos, pues se ha discutido la capacidad de uno u otro para poder realizar estos trámites en ciertos casos puntuales.

4.1 Trámite judicial

Los artículos del 11 al 20 de la Ley 70 de 1931 establecen los requisitos y trámites necesarios

para poder constituir el patrimonio de familia inembargable. Al momento de la expedición de esta ley, la autorización judicial era el único medio para poder constituir el patrimonio de familia sobre un inmueble.

En estos artículos se especifica el contenido del memorial que va dirigido al juez y la posterior admisión o negación de este respecto de la solicitud. Si es admitida, se procede al emplazamiento de un edicto que se fija por el término de treinta (30) días en el juzgado para que todas aquellas personas que quieran oponerse a la constitución del patrimonio de familia puedan hacerlo, por considerar que es lesivo a sus derechos como acreedores de quien lo constituye. Durante este mismo tiempo, se hace la respectiva citación al beneficiario para que en el término de treinta (30) días manifieste si acepta o no la constitución del patrimonio, vale aclarar que su silencio será tomado como aceptación, y a su vez el juez designe a peritos para que hagan la respectiva estimación del bien.

En caso de que haya oposiciones, se procede a abrir el juicio a prueba por un término común e improrrogable de nueve (9) días. Vencido este término, y si se ha obtenido la aceptación por parte del beneficiario, el juez corre traslado del expediente al agente del Ministerio Público por el término de tres (3) días, para que en su concepto manifieste si se debe o no conceder la autorización solicitada. Devuelto el expediente, el juez debe proceder a proferir sentencia definitiva dentro de los tres días siguientes.

Si se concede la constitución del patrimonio, en la misma sentencia se debe expresar el nombre, ubicación y linderos del inmueble, y se debe dar conocimiento a quien constituye el patrimonio de familia que debe realizar la inscripción de la sentencia en el libro especial de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, que corresponda a la ubicación del inmueble, dentro de los noventa (90) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, so pena de nulidad. A su vez, debe realizar la respectiva protocolización de la sentencia en una notaría.

En cuanto a la cancelación y/o sustitución, el artículo 23 de la Ley 70 de 1931 dispone:

El propietario puede enajenar el patrimonio de familia o cancelar la inscripción por otra que haga entrar el bien a su patrimonio particular sometido al derecho común; pero si es casado o tiene hijos menores, la enajenación o cancelación se subordinan, en el primer caso, al consentimiento de su cónyuge, y, en el otro, al consentimiento de los segundos, dado por medio y con intervención de un curador, si lo tienen, o de un curador nombrado ad hoc.

Para la sustitución, el artículo 25 afirma, que, si entre los beneficiarios existe una mujer casada o menores, el marido o el constituyente no pueden hacer la sustitución sin licencia judicial, previo conocimiento de causa.

4.2 Trámite notarial

La constitución del patrimonio de familia inembargable a través de notaría es algo relativamente nuevo, pues desde el año 2006, por medio de la expedición del Decreto 2817, se reglamentó este trámite ante los notarios del país, a su vez autorizado en el artículo 37 de la Ley 962 de 2005, el cual establece:

También serán de competencia de los notarios las siguientes materias: constitución del patrimonio de familia inembargable; capitulaciones, constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial de compañeros permanentes; matrimonio civil e inventario de bienes de menores que se encuentren bajo patria potestad cuando los padres estén administrándolos y quieran contraer matrimonio.

Para una adecuada constitución se deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo primero del Decreto 2817 de 2006 y, a su vez,

presentar la solicitud ante el notario, la cual deberá contener el nombre y apellidos del constituyente y del/los beneficiario(s), su identificación y domicilio, la referencia del estado civil del constituyente junto con la determinación del inmueble objeto de la limitación, ya sea a través de la cédula o registro catastral o su código del folio de matrícula inmobiliaria. A su vez, se debe manifestar bajo juramento la existencia de la unión marital de hecho por dos (2) años o más, en caso de que sean compañeros permanentes. También se debe manifestar que a la fecha de la solicitud no se posee vigente otro patrimonio de familia y que no existen acreedores que puedan verse afectados con la constitución de la limitación.

Junto con la solicitud, deberán anexarse el certificado sobre la situación jurídica del inmueble y la copia o certificado de la inscripción en el Registro del Estado Civil del Matrimonio, según el caso, y de la inscripción en el Registro del Estado Civil del Nacimiento de los hijos menores de edad.

Seguido de esto, el notario dispondrá el emplazamiento por medio de un edicto que será fijado por el término de quince (15) días, en un lugar visible para el público, con el fin de que se manifiesten todas aquellas personas que quieran oponerse a la constitución por considerarla lesiva a sus derechos como acreedores del constituyente.

Ya cumplido el tiempo y los requisitos anteriores, se procederá a la extensión y otorgamiento de la Escritura pública, en la cual se incluirán las formalidades y se protocolizarán los documentos expresados en el artículo 6.º del Decreto 2817 de 2006.

En cuanto a la cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia a través de notaría, han surgido controversias, pues diferentes instituciones afirmaban que no era posible realizar una cancelación de un patrimonio de familia ante notario cuando hubiere de por medio hijos menores de edad en calidad de beneficiarios del patrimonio. Esto se fundamentaba en que, al haber hijos menores, era necesaria la designación de un curador ad hoc para evitar el conflicto de intereses entre los

constituyentes y los menores beneficiarios, y los notarios, al no estar investidos de función judicial, no tenían la posibilidad de designar dicho curador.

Es bien sabido que el país ha tenido problemas en cuanto a la congestión que se presenta en la administración de justicia, debido al gran número de procesos que se radican en las diferentes jurisdicciones; procesos que muchas veces pueden ser resueltos por otros órganos a través de diferentes mecanismos. En consecuencia, el legislador se ha visto en la obligación de asignar diferentes trámites y funciones a otras entidades y órganos estatales. Es por esto que en el Decreto 019 de 2012, conocido también como “Ley Anti-trámites”, se reguló en los artículos 84 al 88 el tema de la cancelación y/o sustitución voluntaria del patrimonio de familia adelantado por la vía notarial, y se estableció que no es necesaria la designación de un curador cuando haya hijos menores, pues el Defensor de Familia será quien se pronuncie al respecto. En tal caso, será competente el defensor que se encuentre en el lugar de ubicación del inmueble y tendrá quince (15) días hábiles para dar respuesta a la solicitud, en la que deberá argumentar su decisión en la especial protección a la familia y al menor de edad, para garantizar la vivienda y la subsistencia de estos en condiciones dignas.

En la vía notarial, el concepto que emite el Defensor de Familia no es susceptible de ningún recurso, es decir, en caso de que este sea negativo, el notario perderá competencia y el interesado deberá acudir a la jurisdicción de familia; pero, a su vez, en caso de que el Defensor de Familia no se pronuncie en el tiempo establecido, el notario podrá continuar el trámite para el otorgamiento y autorización de la respectiva escritura pública y dejará constancia de lo ocurrido. Por lo anterior, es necesario que el solicitante allegue la documentación necesaria lo más completa posible, para poder justificar de una mejor forma la cancelación y/ o sustitución del patrimonio y demostrar la inexistencia de una posible lesión a la vivienda digna del menor beneficiario.

Esta facultad de los notarios del país para poder realizar la cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia se ratificó en el Decreto 1664 de 2015, por medio del cual se les atribuyen y ratifican nuevas funciones.

Conclusiones

Es evidente la importancia que el legislador le ha dado a las familias en Colombia, al brindarles protección para que tengan una vivienda digna, con base no solo en el contexto social que vive el país en las diferentes épocas, sino también en las legislaciones establecidas en otros países. Lo anterior da cuenta de lo importante que es la familia para el desarrollo y el progreso de una sociedad y previene cualquier imprevisto que permita a terceras personas recaer sobre la vivienda de una familia y dejarla sin un techo para poder resguardarse y salir adelante.

En cuanto a la diferencia que se observa en el trámite de la constitución del patrimonio de familia en las vías notarial y judicial, es evidente la agilidad que se presenta en la primera, pues el edicto que se emplaza para posibles oposiciones se demora la mitad de lo que se demora el segundo. A esto se añade que al cumplir los treinta días en el trámite judicial, el juez tendrá que correr traslado en los tres días siguientes al Agente del Ministerio Público y, posteriormente, tendrá tres días para proferir la respectiva sentencia; mientras que, en el trámite notarial, cumplidos los quince días del edicto, al día siguiente el notario podrá extender y otorgar la correspondiente escritura pública. De esta forma, estaría cumpliendo a cabalidad con la intención que tuvo el legislador de brindarle una vía alterna a las personas para poder realizar este trámite.

Es importante tener presente que, cuando se va a solicitar la constitución, cancelación y/o sustitución del patrimonio de familia ante notaría, el estudio respecto de la viabilidad del trámite debe ser bastante minucioso, trabajo del que se encarga el asesor jurídico de cada notaría. Para que el pro-

cedimiento sea eficiente, es necesario cumplir al pie de la letra con los requisitos establecidos por la ley, ya que, en caso de que falte o se omita algo, la esencia de este se perdería, pues no se le estaría ahorrando tiempo al interesado, sino, todo lo contrario: al no haber sido posible realizar el trámite ante la notaría, este deberá acudir a la vía judicial.

Referencias bibliográficas

Congreso de la República. Ley 70 de 1931. "Que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables". En: Diario Oficial 21706. Bogotá: Imprenta Nacional, 1931.

Congreso de la República. Ley 258 de 1996. "Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones". En: Diario Oficial 42692. Bogotá: Imprenta Nacional, 1996.

Congreso de la República. Ley 546 de 1999. "Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones". En: Diario Oficial 43827. Bogotá: Imprenta Nacional, 1999.

Congreso de la República. Ley 962 de 2005. "Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos". En: Diario Oficial 46023. Bogotá: Imprenta Nacional, 2005.

Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 2002.

Corte Constitucional. Sentencia C-317 del 2010.

Jurídica Supernotariado. Pérdida de vigencia del patrimonio de familia. Envigado: Superintendencia de Notariado y Registro. 2006.



Alcoholismo, perspectiva laboral*

Por: María Alejandra González Pinto
Elvis Fernando Castillo Barrantes**

Es incorrecto e inmoral tratar de escapar de las consecuencias de los actos propios. Mahatma Gandhi

Resumen

El artículo busca analizar desde una perspectiva crítica el fenómeno del alcoholismo y sus efectos en el mundo laboral. Para ello, se definirán de manera integral el concepto y el tratamiento actual que se les da en nuestra legislación y jurisprudencia.

El análisis se centra en la afectación que este fenómeno genera en distintos ámbitos de la vida laboral, tanto para empleador como para trabajador, pues al reconocerse el alcoholismo como una situación de debilidad manifiesta, genera enfrentamientos entre derechos, y responsabilidades. Esta situación da paso a juicios de ponderación de derechos, estudios sobre la obligación del Estado para cubrir los efectos de este fenómeno y la responsabilidad del trabajador al incurrir en una conducta autolesiva que se encuentra dentro de su ámbito de control.

Palabras clave

Autorresponsabilidad, ponderación, alcoholismo, enfermedad, debilidad manifiesta, estabilidad laboral.

Introducción

A la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, es atribución del Estado, como garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en una circunstancia de debilidad manifiesta. Frente a esto, en materia laboral, la jurisprudencia constitucional ha determinado que, cuando una persona tiene una afectación de su salud, se encuentra en una condición de debilidad manifiesta (Sentencia T-947, 2010).

* Artículo recibido el 16 de septiembre de 2016 y aceptado el 17 de noviembre de 2016.

** Estudiantes de Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Correos electrónicos: maria.gonzalez28@est.uexternado.edu.co; elvis.castillo@uexternado.edu.co

El Congreso de la República en la Ley 361 de 1997, por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas en situación de discapacidad y se dictan otras disposiciones, previó varios medios de integración al sector laboral de personas con alguna limitación, entre ellos, la no discriminación a quienes se encuentren en tal condición.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 determinó que la situación de discapacidad de una persona no puede obstaculizar el ingreso a un trabajo, a menos que esto sea insuperable para el desempeño del cargo. Además, que ninguna persona que se encuentre en tal situación podrá ser despedida, o su contrato terminado por tal razón, y en caso de que esto suceda, habrá que pagarle una indemnización de 180 días, adicional a las indemnizaciones previstas en el Código Sustantivo del Trabajo (CST).

La Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-531 de 2000, declaró la constitucionalidad del artículo 26 al indicar que “carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o la terminación del respectivo contrato”, con lo cual se creó una nueva categoría jurisprudencial de estabilidad laboral reforzada.

La estabilidad en el empleo es un principio constitucional que se desprende del artículo 53 de la Constitución Política; ha sido la base del principio de estabilidad laboral reforzada desarrollado por la jurisprudencia y entendido como la garantía que tiene todo trabajador de permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, siempre que no exista una causa relevante que justifique el despido (Sentencia C-470, 1997).

La Corte Constitucional ha sido la encargada, entonces, de extender la protección de la estabilidad

laboral reforzada —en adelante fuero por salud— a personas con debilidad manifiesta, al determinar que dicha protección no se limita a quienes tengan una calificación porcentual de discapacidad, pues basta que sea probado que su condición de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin la necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados (Sentencia T-467, 2010).

Ahora bien, la Ley 1566 del 2012 reconoce que el abuso y la adicción a sustancias psicoactivas lícitas o ilícitas son un asunto de salud pública y de bienestar de la familia; por consiguiente, deberán ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado. Así lo ha confirmado la Corte Constitucional en la Sentencia T-211 de 2004, en la que afirma: “es claro que el alcoholismo es una enfermedad” (Congreso de la República, 2012).

Si el alcoholismo es una enfermedad, surgen las preguntas, ¿hasta qué punto podría exigírsele al empleador garantizar una estabilidad laboral reforzada para un trabajador que padece esta enfermedad, si el consumo de alcohol es un acto propio, voluntario y ejercido bajo su propio riesgo?, ¿podríamos afirmar que la estabilidad laboral reforzada tiene un límite?, ¿es constitucional dejar sin el amparo de la estabilidad laboral reforzada a quienes están enfermos por alcoholismo?

Basta imaginar el caso en que un empleador tenga a cargo uno o más trabajadores que abusen o sean adictos al alcohol y, por esta razón, incumplan sus deberes en el trabajo o generen riesgos para la ejecución de la labor. La pregunta aquí es, ¿puede el empleador despedirlos? En principio, legalmente es posible despedirlos ya que el empleador no tiene por qué soportar esta carga y, dado el deber de protección y seguridad que tiene frente a otros empleados, no puede ser tolerante frente conductas que expongan la integridad de estos. Sin embargo, si analizamos el caso con sujeción a la jurisprudencia constitucional, fácilmente

podríamos concluir que el trabajador que es alcohólico o que abusa del alcohol no cuenta con las capacidades que le permitan realizar sus funciones en condiciones regulares; por consiguiente, se encuentra enfermo. Es decir, está inmerso en un estado de debilidad manifiesta que lo hace beneficiario de una estabilidad laboral reforzada, en la que el empleador no podrá despedirlo, incluso al tener una justa causa, sino hasta tanto el inspector del trabajo lo autorice, supuesto que en la práctica es de difícil obtención.

El conflicto de los intereses del empleador por conservar el orden, la seguridad y la disciplina en el sitio de trabajo; el derecho de los trabajadores a tener un trabajo en condiciones de dignidad (seguro y sano), en el que la protección y seguridad estén garantizados por el empleador; y el derecho del trabajador enfermo, a causa del alcoholismo, de tener una protección laboral reforzada, serán los temas analizados en este escrito para establecer si es razonable la protección a esta enfermedad y hasta qué punto es responsabilidad del empleador garantizar los derechos de estabilidad laboral a quienes la padecen.

1. Alcoholismo: qué es, factores de riesgo, clases e implicaciones

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha establecido que las enfermedades mentales o cerebrales son de tres tipos: neurológicas, psiquiátricas y adictivas, que son aquellas causadas por sustancias que generan dependencia, como en este caso, el alcohol (Organización Mundial de la Salud, 2008, pp. 1-5).

El alcoholismo es una enfermedad crónica, progresiva y a menudo mortal; es un trastorno primario y no un síntoma de otras enfermedades o problemas emocionales. Una de las definiciones más aceptadas sobre el alcoholismo es la del comité de expertos de la OMS, el cual afirma que: “es un

trastorno de conducta crónico, manifestado por repetidas ingestas de alcohol, excesivas respecto a normas sociales y dietéticas de la comunidad y que acaban interfiriendo en la salud o las funciones económicas y sociales del bebedor” (Bolet, M., 2000).

Los problemas que se producen por esta condición pueden desarrollarse en diferentes ámbitos de la vida de la persona como en la familia y el hogar, con los amigos, en su lugar de trabajo y, en general, podrían afectar cualquier actividad cotidiana que ella se disponga a hacer. La OMS reconoce que existen diversos factores de riesgo tanto ambientales, como sociales y familiares, lo cual hace que este fenómeno no sea aislado, sino que, por el contrario, se convierta en un problema latente, que puede afectar a una gran cantidad de personas (Organización Mundial de la Salud, 2015).

Existen diferentes tipos de alcoholismo, de los cuales, la tipología más aceptada es la propuesta por el bioestadista Morton Jellinek (1960), quien definió que alcohólico es todo individuo que consume bebidas alcohólicas y que se perjudica a sí mismo, a la sociedad o a ambos. Él los clasifica en cinco tipos:

- Alcoholismo ALFA. Representa una dependencia al alcohol puramente psicológica, de modo que no hay indicios de síndrome de abstinencia. El sujeto puede mantener el control de su consumo de alcohol, pero lo mantiene para paliar el dolor emocional o físico asociado a otras causas.
- Alcoholismo BETA. Bebedores regulares que no han desarrollado dependencia psíquica ni física pero que presentan complicaciones alcohólicas como gastritis, cirrosis hepática, etcétera.
- Alcoholismo GAMMA. Son bebedores excesivos, con clara pérdida de control, muestra de dependencia física y un trastorno psiquiátrico subyacente. Pueden darse lugar largos episodios de abstinencia.

- Alcoholismo DELTA. Bebedores sociales, excesivos y regulares, incapaces de tener periodos de abstinencia, con cierta dependencia física y psíquica. No presentan pérdida de control ni intoxicación, pero sí una progresión lenta.
- Alcoholismo ÉPSILON. Bebedores de fin de semana que no presentan dependencia física ni psíquica, pero cuando consumen alcohol lo hacen de manera compulsiva con pérdida de control e intoxicación.

Para Jellinek (1960), los alcohólicos alfa no presentan una enfermedad en sí, pero sí el síntoma de un trastorno subyacente; en los alcohólicos beta, el problema es sobre todo el producto de su exceso en el consumo de alcohol, pero sin ser el alcoholismo una enfermedad en sí; el alcoholismo gamma y delta son los únicos que constituyen una enfermedad alcohólica; y el alcoholismo épsilon sirve para distinguir entre el alcoholismo y el consumo desmedido ocasional, ya que sus presupuestos son diferentes. El consumo desmedido ocasional trae consigo problemas ocasionados por la ingesta excesiva de bebidas alcohólicas, pero no estimula en la persona la dependencia física al consumo de alcohol.

Los efectos nocivos de la ingesta de alcohol son notorios tanto en el ámbito social como en el laboral. Es por ello que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que no es un problema aislado, sino que, por el contrario, cada vez en mayor medida afecta a la población laboral, sin distinción alguna por la labor desempeñada o el cargo que se ostente (Ochoa, E. y otros, 2008).

El alcoholismo es un problema que afecta no solo a la persona, sino también a quien le rodea, hecho que se observa en mayor medida en el ambiente laboral, en la seguridad y en la productividad, que se ven afectados por los efectos nocivos del alcohol. Constantemente, este fenómeno trae aparejados la pérdida de ingresos, baja moral, problemas sociales, irascibilidad, baja productividad, accidentes laborales, etcétera. Así se puede afirmar

que el alcoholismo es un problema que trasciende más allá de lo personal y llega a afectar la sociedad, el ambiente laboral y la eficacia empresarial.

Por lo anterior, en materia laboral no es igual el tratamiento que se debe dar al trabajador que incurre en el consumo de alcohol, desmedido o no, de manera ocasional, al del trabajador que es alcohólico, toda vez que en Colombia, al aplicar la jurisprudencia por fuero de salud, será más estable –laboralmente hablando– el trabajador que es alcohólico, que el trabajador que llega al sitio de trabajo, alguna vez, bajo los efectos del alcohol. Por lo anterior, el empleado que incurra en una causal de terminación del contrato, según el CST, y no sea enfermo por alcoholismo, podrá ser despedido por el empleador.

2. Desarrollo del tema por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

En la legislación está previsto que todo vicio que perturbe la disciplina del establecimiento constituye una justa causa para el despido, de esta manera, al trabajador le está prohibido presentarse al trabajo en estado de embriaguez; en caso de hacerlo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que ello es indudablemente una justa causa para la terminación del contrato de trabajo (CST, artículo 62, numeral 6).

Entre las consideraciones de la Corte Suprema en sus fallos, encontramos un factor común: el hecho de encontrarse en estado de alicoramiento en el establecimiento de trabajo altera el orden, la tranquilidad y puede incluso llegar a causar accidentes, pues el alcohol afecta las capacidades cognitivas y motrices de las personas y se constituye en un factor de riesgo inminente para la seguridad de los demás trabajadores. Para la Corte, las normas del CST buscan que el trabajador preste el servicio en óptimas condiciones intelectivas, cognitivas y

psíquicas sin que, por factores imputables a él, se vean aminoradas; además, su objetivo es preservar la moralidad y seguridad del establecimiento de trabajo (Sentencia Rad. 11569, 1999).

Esto responde objetivamente al orden natural de las cosas pues, en el caso de que estas situaciones ocurrieran, serían burlados los bienes jurídicos que con la medida se busca proteger; estos son, la moralidad, la disciplina y la salubridad en el lugar de trabajo.

La Corte Constitucional se ha pronunciado al reconocer que el alcoholismo es una enfermedad que de manera exponencial ha venido afectando a decenas de colombianos, y que no parece tener una regulación adecuada. Sobre esto, asimismo ha admitido que el Estado como garante de derechos debe promover planes para la prevención y control de este fenómeno. En la Sentencia T-133 de 2004, se afirma que esta enfermedad constituye un estado de debilidad manifiesta, lo que permite sostener que cualquier persona que esté inmersa en el mundo del alcoholismo goza de una estabilidad laboral reforzada (Sentencia T-796, 2012).

Sin embargo, reconocer este tipo de amparo a un trabajador alcohólico, va en contravía de las normas del CST, que protege bienes jurídicos de vital importancia como la seguridad y la moralidad que deben imperar en el lugar de trabajo, y principios constitucionales como el trabajo digno. Por lo tanto, un tratamiento tan garantista como el que plantea la Corte Constitucional resulta desacertado y equivocado, si se tiene en cuenta que la voluntad del legislador es darle herramientas al empleador para exigirle al trabajador que desempeñe a cabalidad sus funciones, mantenga la disciplina del establecimiento y prevenga y mitigue los riesgos a los que se puedan encontrar expuestos sus empleados.

Frente a lo anterior, el problema constitucional radicará entonces en que si no se le da la protección laboral reforzada a un trabajador que sea alcohólico, ¿cómo podrá acceder a un tratamiento

para lograr su rehabilitación y, en consecuencia, que la situación de desempleo no termine agravando su problema y afectando a su grupo familiar o social? Por lo cual, lo pertinente será realizar un ejercicio de ponderación de derechos, en el cual se encuentre un balance entre los principios y derechos en contradicción, como se indica a continuación, y, a partir de ello, se busquen alternativas que protejan al trabajador sin que el empleador se vea obligado a asumir la estabilidad laboral reforzada de quien, por su enfermedad, representa un riesgo para la dignidad, integridad y seguridad del resto de los trabajadores.

3. Ponderación de derechos

Para hacer este ejercicio partimos de esta pregunta: ¿puede sacrificarse el derecho al trabajo en condiciones dignas (seguro y sano) de los trabajadores de un establecimiento para favorecer el principio de estabilidad laboral por debilidad manifiesta del trabajador alcohólico?

Como anota Carlos Bernal Pulido (2008) en su libro *El derecho de los derechos*, los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, es decir, por el tipo tradicional de las normas jurídicas, sino también por principios. Los principios tienen una estructura diferente a las reglas; es de su naturaleza ser mandatos de optimización, por lo que no llevan consigo una estructura hipotética de supuesto de hecho y consecuencia, lo cual produce el dilema sobre su aplicación en los casos en que exista confrontación. En razón de lo anterior, se ha planteado por la doctrina un procedimiento que estructura la ponderación de principios, método según el cual se pueden contrastar dos derechos en un caso en concreto. Para el caso en estudio, se tomará el procedimiento establecido por Robert Alexy, que es explicado por Bernal Pulido (2008) en su libro de la siguiente manera:

En la aplicación de la teoría sobre la ponderación al caso en concreto, se deben seguir tres pasos: i) la

valoración de cada uno de los derechos en cuestión, según tres ítems, valor concreto de cada principio, valor abstracto de cada principio y seguridad de las apreciaciones empíricas; ii) seguido a este, se debe sacar el producto (multiplicación) de los valores estimados y comparar los valores en cuestión para ver cuál tiene más peso, y de llegar a existir igualdad en los valores, se daría lugar a un tercer paso; iii) las cargas de argumentación que operan cuando en la fórmula del peso hay un empate.

En el ejercicio en cuestión, se considera que los dos principios fundamentales que entran en contradicción son el derecho a la estabilidad del trabajador alcohólico, vía protección laboral reforzada, y el derecho al trabajo de los demás trabajadores de una empresa en condiciones dignas; al dar nuestras propias valoraciones a cada principio, se obtienen los siguientes resultados:

Pasos	Explicación	Valores de la medición	Estabilidad reforzada del alcohólico	Derecho al trabajo de los demás trabajadores
Valor concreto de cada principio	Se mide el grado de afectación que puede tener un derecho en el caso concreto.	Leve: 1 Media: 2 Intenso: 4	4	4
Peso abstracto de cada principio	Se evalúa que, a pesar que los derechos contrastados tengan la misma jerarquía, uno de ellos tiene más relevancia en abstracto de acuerdo con los valores socialmente predominantes.	Leve: 1 Media: 2 Intenso: 4	2	4
Seguridad de las apreciaciones empíricas	Se evalúa la probabilidad de que ocurra afectación del principio.	Seguro: 1 Plausible: 1/2 Falso: 1/4	1	1/2
TOTAL			8	8

A continuación, se hace la multiplicación de los valores de la columna “estabilidad laboral del alcohólico”, la cual da: 8. Luego, la misma operación se realiza con la columna “derecho al trabajo de los demás trabajadores” y el resultado es: 8.

Dado que hubo un empate, corresponde aplicar el tercer paso, que es el de las cargas de argumentación. En ese caso se han de analizar los valores democráticos establecidos por el constituyente originario o por el legislador, para resolver el empate de los pesos en el caso en estudio. Se encuentra la premisa establecida de antaño, que reza que el interés general debe primar sobre el interés particular; por tanto, el derecho al trabajo de los trabajadores que se pueden llegar a ver afectados debe primar sobre el derecho al trabajo de un solo individuo.

Así las cosas, desde una visión netamente legal, no es posible hallar una justificación aceptable para mantener en el establecimiento laboral a una persona adicta, que representa un peligro latente para los demás trabajadores, pues el general de la comunidad se encuentra en un constante peligro de accidentes laborales e incidentes que podría ocasionar esta persona enferma. Además, este mismo adicto constituye un factor de riesgo de desarrollo de la enfermedad para los demás trabajadores, como lo reconoce la OMS, situación que resultaría contraria a la finalidad buscada por el Estado, de evitar o prevenir el desarrollo de este fenómeno.

4. Alcoholismo: responsabilidad del Estado

Ya que la salud es un derecho fundamental en el Estado Social de Derecho, es obligación del Estado asumir la responsabilidad y la titularidad de los programas para la promoción de la salud y la prevención de enfermedades. Sobre el tema efectivamente se ha expedido legislación como la Ley 1566 de 2012 “por la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional ‘entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas’ y el Decreto 120 de 2010 “por el cual se adoptan medidas en relación con el consumo de alcohol”.

En su artículo 1, la Ley 1566 reconoce al alcoholismo como un problema de salud pública, con lo cual se puede afirmar que corresponde al Estado tomar las riendas de la prevención y rehabilitación de aquellas personas que padecen la enfermedad. De igual manera anuncia este artículo que “el abuso y la adicción deberán ser tratados como una enfermedad que requiere atención integral por parte del Estado, conforme a la normatividad vigente y a las Políticas Públicas Nacionales en Salud Mental y para la Reducción del Consumo de Sustancias Psicoactivas”.

De igual modo, esta ley afirma que toda persona que padezca la enfermedad tendrá derecho a un tratamiento en una de las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de forma íntegra y oportuna, tanto en el régimen subsidiado como en el contributivo. Asimismo, al reconocer que este es un problema creciente y que puede afectar de manera general a gran parte de la población, el Estado asume la obligación de prevención y pacta para ello programas nacionales en los que se busca concientizar a la población integralmente sobre la enfermedad.

De esta manera, el Estado reconoce que es su obligación asumir las consecuencias que causa esta enfermedad, pues es el primer garante de derechos que debe aparecer en escena; por ello, resultaría contrario a esta ideología que se endilguen responsabilidades primarias y cargas injustificadas al empleador por un tema que compete de manera íntegra al Estado. Es correcto reconocer que la responsabilidad es del Estado, en tanto que debe iniciar y promover los programas para la prevención y el apoyo de las personas que se encuentren inmersas en este padecimiento; sin embargo, es natural que el Estado no deba hacerlo solo y busque que los particulares de estos planes participen y colaboren en la rehabilitación y la prevención. Lo anterior, en función del principio del deber de solidaridad previsto en el artículo 95 de la Constitución (Sentencia T-217, 2014).

5. Deber de solidaridad del empleador

En caso de que se llegue a invocar el alcoholismo como una enfermedad que genera una estabilidad laboral reforzada y, por ello, para que se habilite el despido con justa causa haya que acudir ante el inspector del trabajo, el juicio para autorizar el despido no debería ser tan estricto como aquel realizado a las personas que padecen otro tipo de enfermedades.

En derecho comparado, en España, el articulado constitucional establece que los poderes públicos deben garantizar tanto la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40) y el derecho a disfrutar de un medio ambiente laboral adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo (artículo 45). De allí surge el deber para el Estado de iniciar los planes de promoción y prevención de salud, dentro de los cuales inevitablemente tendrán que tratarse los problemas con el alcohol, pues están vinculados a la salud general y deberán ir ligados a la legislación de seguridad e higiene laboral

para tener un desarrollo integral y uniforme (Constitución Política española, artículos 40.2 y 40.5).

Esta legislación reconoce la necesidad de colaboración de la empresa con las políticas contra el alcoholismo para prevenir de una mejor manera los riesgos laborales, garantizar la protección de la salud del trabajador y la de sus compañeros y la seguridad en el establecimiento de trabajo. Por esto, la legislación española considera imperioso iniciar programas laborales sobre la prevención del consumo de alcohol y de apoyo para los trabajadores que ya padecen esta enfermedad. En una relación costo-beneficio puede verse que iniciar estos programas resulta más loable que dejar que el fenómeno se propague sin control alguno (Ley 31, 1995).

Es de resaltar el hecho del reconocimiento en dicho país, ya que, si la sola embriaguez fuera motivo de despido, dificultaría los fines de la política de prevención y asistencia; por lo tanto, esta medida debería ser la última en considerarse, luego de un camino de amonestaciones que busquen generar conciencia en el enfermo de que su actuar perjudica a la comunidad en general y que lo aceptable sería dejar ese comportamiento y acudir a los planes de apoyo. Si después de estos llamados de atención el adicto no considera tomar la ayuda, es posible despedirlo, pues su conducta sería violatoria de los valores que rigen la relación de trabajo, la higiene, la moral y la seguridad que deben imperar en el establecimiento laboral.

Para el caso de Colombia, la propuesta es que, una vez se evidencia que hay un trabajador que incurre en una causal de despido y este alegue tener un fuero de salud por alcoholismo, la opción para el empleador debería ser acudir a la autorización por parte del Ministerio del Trabajo y si este considera que no es procedente, por principio de solidaridad se condicione a que el trabajador deba iniciar un proceso de apoyo que le permita superar la enfermedad. En caso de que este no lo adelante durante cierto tiempo o no lo concluya, el empleador quedaría autorizado para terminar el contrato de trabajo sin ninguna otra formalidad.

Lo mencionado hasta acá permite afirmar que: i) la legislación nacional establece el deber inicial del Estado de garantizar la salud y la prevención del alcoholismo, ii) la jurisprudencia constitucional considera que el alcoholismo es una enfermedad que pone a quien la padece en situación de debilidad manifiesta, iii) el Ministerio del Trabajo es renuente a autorizar el despido o la terminación de un contrato de un trabajador en condición de debilidad manifiesta y iv) los empleadores están obligados a proteger a los trabajadores en condiciones de debilidad manifiesta por virtud del principio de solidaridad, pero esto no puede significar una obligación indeterminada porque el trabajador debe ser responsable por sus actos y tiene que asumir un compromiso de rehabilitación.

6. ¿Autorresponsabilidad del trabajador en su conducta?

Otro punto que puede sostener que no debe ser igual la protección que se da por fuero de salud cuando la enfermedad es el alcoholismo, es el relacionado con la responsabilidad por el acto propio que se utiliza en el Derecho penal, porque el empleador no debe responder por una conducta autolesiva del trabajador.

Como afirma Yesid Reyes Alvarado (2005) en su libro *Imputación objetiva*, constituye “un principio general de derecho la pretensión hegeliana de imputar a cada persona solamente aquello que deba ser considerado como su obra, nada mejor entonces que recurrir al principio de autorresponsabilidad, de acuerdo con el cual, cada individuo debe responder por sus propias actuaciones y no por las conductas de los demás”.

Para Hegel el querer constituía la más clara manifestación de libertad del individuo, de manera que, en su criterio, una conducta solo le sería imputable a un sujeto en cuanto él hubiera podido comportarse de manera diversa a como en reali-

dad lo hizo. Imputable sería solo aquello que dentro de un comportamiento pudiera ser reconocido como perteneciente al individuo, y solo le pertenece aquello que es manifestación de su querer, por ello el sujeto de imputación sería solamente quien posee la libertad de actuación (Reyes, Y., 2005).

De allí se afirma que no es imputable al empleador una responsabilidad de guarda y custodia del bienestar del trabajador que no ha querido rehabilitarse o buscar ayuda. Después del camino recorrido para hacerle ver que su conducta es desviada y que puede representar un peligro para sus compañeros, desmejorar su vida y perder su trabajo, es necesario que este busque un programa de apoyo para lograr salir del problema. En otras palabras, se abre una visión alternativa en la vida del trabajador, que le permite ver que está enfermo, que hay diversos caminos a seguir y depende de su voluntad tomar la alternativa de la rehabilitación.

“La conformidad y el consentimiento suponen una dolosa aceptación del daño”; de esta forma, se justifica que el hecho de que no escoger la opción de la rehabilitación impida que la consecuencia que plantea la Corte Constitucional de fuero de salud le sea imputable al empleador del trabajador alcohólico, pues una vez escoge seguir con el camino del padecimiento, acepta la consecuencia que acarrea esto, es decir, el despido o la terminación del contrato de trabajo por otra causal.

Conclusiones

El Estado reconoce el alcoholismo como una enfermedad de salud pública, sin analizar a fondo las consecuencias que esto mismo trae para el ámbito laboral. Se denota así un ideal paternalista, que para nada contribuye con la disciplina y con los derechos a la dignidad, moralidad, seguridad e higiene en el establecimiento laboral. Esto puede llevar a que el empleador sea injustamente obligado a garantizar la estabilidad laboral reforzada respecto de estas personas en aparente condición

de debilidad manifiesta, reconocido así por la Corte Constitucional.

El problema que se presenta, es que no se consideró que el alcoholismo sea una enfermedad transitoria y de recuperación voluntaria. Por ello, no podría dársele el mismo trato que se le da a una enfermedad patológica intrínseca, la cual se entiende como aquella que se genera por causas biológicas o propias del cuerpo humano. Objetivamente no debería ser así, pues, integralmente, son fenómenos distintos.

De igual forma, se cuestiona el hecho de que la responsabilidad de garantizar los derechos de estas personas recaiga en exceso en un empleador y no en el Estado mismo, que por excelencia debería establecer planes y proyectos para la prevención y superación de esta enfermedad, dado que este aparece como primer garante de los derechos para el ciudadano, aún más en un tema general y controversial como es el de la salud y el alcoholismo. Se puede ver entonces que la regulación carece de planeación y estudio.

Es posible ver cómo la legislación nacional y la Corte Suprema de Justicia han entendido bien el tema, ya que es inherente a este fenómeno el hecho de que sea una enfermedad, como lo ha reconocido la OMS, pero debe tener un tratamiento diferente debido a que conlleva múltiples peligros y el sacrificio de otros derechos, como se vio en el escrito.

Mal reconoce la Corte Constitucional cuando afirma que el alcoholismo configura un estado de debilidad manifiesta y equipara así su trato al de una enfermedad de la categoría de cáncer o lupus, pues este fenómeno tiene elementos especiales y de suyo únicos que impedirían darle un tratamiento igualitario respecto de aquellas enfermedades que son originadas por reacción inmunológica o biológica.

Además, se puede anotarse que la aplicación sin más de las consecuencias que plantea la Corte Constitucional del fuero de salud al trabajador alcohólico podría derivar en situaciones de abuso de derecho, debido a que la persona no querrá reha-

bilitarse, ya que de hacerlo, su estabilidad laboral sería eliminada. Esto podría derivar en un decrecimiento de la productividad laboral, exposición a accidentes de trabajo, proliferación o aumento de esta enfermedad y las nocivas consecuencias sociales y familiares que este fenómeno trae consigo. Por ello, la propuesta es que el empleador tenga por lo menos una alternativa frente al trabajador alcohólico y que no quede expuesto a una estabilidad reforzada de alguien que no está apto para el trabajo y que no asume la responsabilidad de sus conductas mediante un tratamiento de rehabilitación.

Una alternativa como la que acá se propone respeta garantías constitucionales de todas las partes, empleador, trabajador enfermo y demás trabajadores del establecimiento, y, sobre todo, permite que no se den abusos por parte de quienes no están en condiciones de aportar su fuerza de trabajo en condiciones normales y exponen a riesgos a sus compañeros de trabajo.

Dar una estabilidad absoluta y sin condicionamientos al trabajador alcohólico es contraproducente porque no permite que el fenómeno sea analizado de manera integral y deja de lado otros bienes constitucionales, que, según el ejercicio de ponderación acá mencionado, deben prevalecer.

Referencias bibliográficas

Bernal, C. (2008). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Bolet, M. (2000). "La prevención del alcoholismo en los adolescentes". *Revista Cubana de Medicina General Integral*. n.º 16, Vol. 4. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-21252000000400019

(2004). *Código sustantivo del trabajo*. Editorial Legis.

Corte Constitucional. Sentencia C-470 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia T-796 de 2012.

Corte Constitucional. Sentencia T-217 de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11569 de 1999.

Congreso de la República. Ley 1566 de 2012. "Por medio de la cual se dictan normas para garantizar la atención integral a personas que consumen sustancias psicoactivas y se crea el premio nacional "Entidad comprometida con la prevención del consumo, abuso y adicción a sustancias psicoactivas".

Congreso de la República. Ley 361 de 1997. "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la persona con limitación y se dictan otras disposiciones".

España. Constitución Política.

España. Jefatura de Estado. Ley 31 del 8 de noviembre de 1995 "Relativa a la aplicación de medidas preventivas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

Hegel, G. (1979). *Conferencias sobre la historia de la filosofía*. Frankfurt.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid. 2ª ed. (trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo).

Jellinek, M. (1960). *El concepto de la enfermedad del alcoholismo*. Hillhouse Press.

Larenz, K. (1928). *La teoría de Hegel de la imputación, y el concepto de imputación objetiva*.

Ochoa, E, y otros. (2008). "Consumo de alcohol y otras drogas en el medio laboral". *Medicina y Seguridad en el Trabajo*. N.º 213, Vol. 54.

Organización Mundial de la Salud. (2015). "Alcohol, nota descriptiva N° 349". Disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs349/es/>

Organización Mundial de la Salud. (2008). *Programa de acción para superar las brechas en la salud mental. Mejora y ampliación de la atención de los trastornos mentales, neurológicos, y por abuso de sustancias*. 1-5.

Reyes, Y. (2005). *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis.



El principio “Trabajo de igual valor, igual remuneración”, la eficiencia y su medición*

Laura Lucía Cauca Gamboa y
Cristian Alfredo Orozco Espinoza**

Resumen

El principio de trabajo de igual valor, igual remuneración garantiza que dos o más trabajadores que ocupen un mismo puesto, desempeñen sus actividades en el marco de una jornada semejante y tengan condiciones de eficiencia equivalentes, sean remunerados de igual forma. No obstante, la evaluación salarial llevada a cabo por los operadores judiciales en los últimos años se ha basado casi que exclusivamente en el estudio del último factor mencionado. De esta forma, se ha dejado de lado una gran variedad de componentes como la experiencia, la antigüedad, la formación académica y la capacidad laboral. Estos, al mismo tiempo que garantizan la consolidación efectiva de los derechos de los trabajadores, según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), llevan a que el empleador eleve los niveles de producción y, en este sentido, permita el ingreso de mayores utilidades para su empresa; lo que indefectiblemente conlleva a un

bienestar dentro del mercado. Por ello es necesario que la valoración de esta máxima identifique e incluya cada uno de estos ingredientes, además de aquellos que se consideren pertinentes.

Palabras clave

Trabajadores, salario, condiciones de empleo, igualdad de oportunidades, eficiencia.

Introducción

De conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política, todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, lo que, de manera general, les otorga el derecho a recibir un trato equitativo y protección por parte de las autoridades. Ahora, si incorporamos este concepto al del Derecho laboral, tenemos que está prohibida cualquier distinción

*Artículo recibido el 15 de septiembre de 2016 y aceptado el 17 de noviembre de 2016.

**Estudiantes de cuarto año de Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Correos electrónicos: laura.cacua@est.uexternado.edu.co; cristian.orozco@est.uexternado.edu.co

entre los trabajadores, lo que abarca, entre otros aspectos, su forma de retribución, salvo las excepciones establecidas en la ley (Rodríguez & Izquierda, 2008, pp. 37-38).

La OIT se ha pronunciado sobre el reiterado trato discriminatorio dentro del entorno laboral y ha señalado que no solo viola derechos humanos, sino que trae implicaciones negativas en el ámbito social y económico del país, resta oportunidades, desperdicia el talento humano, detiene el progreso y acentúa las tensiones sociales inequitativas (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 9). A pesar que desde 1951 se profirieron los Convenios 100 y 111 relativos a la igualdad salarial y a la igualdad en el empleo y la ocupación, la OIT considera que dicho principio está aún sin cumplirse y que es necesario que los gobiernos actúen para garantizarlo; además, menciona que la prevención de la discriminación en el sitio de trabajo permite retener al personal capaz y eficiente, mantener su reputación y demostrar que basa su contratación en las competencias laborales (Organización Internacional del trabajo, 2011).

La igualdad salarial ha basado su conceptualización en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), que consagraba el principio de “a trabajo igual, remuneración igual”; este corresponde a la situación en la que dos trabajadores que desarrollen el mismo trabajo, en el mismo horario, bajo las mismas condiciones, deben ser retribuidos en una forma pareja, en la que se permita una diferenciación únicamente por razones objetivas, alejadas de factores caprichosos y arbitrarios como la edad, el sexo, el género, la nacionalidad, la raza, la opinión política y las actividades sindicales. Es importante mencionar que este postulado se amplió en Colombia mediante la Ley 1496 (art. 7), la cual analiza la condición de los trabajadores más allá de la simple ocupación de un cargo o un puesto de trabajo y basa la ponderación en el concepto de “valor del trabajo” (a trabajo de igual valor, salario igual).

Ahora bien, para determinar si hay igualdad salarial, la noción de eficiencia ha tomado tal fuerza que en las últimas providencias de la Corte Supre-

ma de Justicia parece consolidarse como el criterio más importante —si no el único— para proceder a una nivelación salarial, con lo que se desconocen otros conceptos objetivos de diferenciación salarial en los que consideramos deberían fundamentarse este tipo de decisiones del empleador. Este sería el caso de la sentencia con radicación 45830, en la que se accede a una igualdad salarial que se había omitido en razón de la tenencia de un título profesional por parte de un trabajador que desempeñaba el mismo cargo del actor (Corte Suprema de Justicia, 2014). En este caso, los niveles de formación por sí solos no fueron considerados un factor válido de diferenciación retributiva; por este motivo, es importante ver ahora hasta dónde puede ir esta noción de igualdad salarial, y cómo, bajo la excusa de la eficiencia, se pueden demeritar otros componentes que han sido considerados “clásicamente” válidos para otorgar un tratamiento diferente, como la experiencia y la antigüedad.

Para esto es necesario identificar ¿cómo se mide y se prueba la eficiencia del trabajo?, ¿cuáles son los criterios identificables para realizar esta tarea?, ¿cómo se deben ponderar estos con los demás criterios que son alegados para acceder a una nivelación salarial? Para responder a lo anterior, cabe referirse a la Ley 1496 de 2011 “Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”. Asimismo, se puede aludir a la frustrada acción de cumplimiento contra el Ministerio de Trabajo con el fin de obtener la reglamentación de la misma, lo que complica y agrava la situación de los trabajadores y el derecho que estos tienen a acceder a una nivelación salarial y de los empleadores para fijar los criterios correspondientes.

Sobre todos estos aspectos nos detendremos a continuación, con el fin de develar la relevancia del concepto de eficiencia para la calificación del valor del trabajo ejercido por los trabajadores, su consideración doctrinaria, legal y jurisprudencial, y las diferentes consecuencias de su aplica-

ción sobre el principio de “a trabajo igual, salario de igual valor”.

1. Principio de igualdad salarial

La OIT adoptó en 1951 el Convenio 100 “relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”, el cual fue traído a la legislación colombiana mediante la Ley 54 de 1962. Su artículo 2 dispone que todos los Estados miembros deberán emplear medios adecuados para fijar las tasas de remuneración laboral y garantizar la aplicación del principio de igualdad salarial a todos los trabajadores.

A su vez, el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967, menciona que el término discriminación comprende “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo y la ocupación”. De igual manera, que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación”, al considerar que los términos empleo y ocupación comprenden tanto la admisión del empleo y las condiciones de trabajo así como medios de formación.

El que las empresas cuenten con políticas de equidad salarial genera consecuencias positivas para ellas y sus trabajadores como: mejores prácticas de selección de personal, mayor compromiso laboral de los trabajadores, aumento de la reputación de la empresa, mayor autonomía económica para las trabajadoras, disminución de los costos legales y las sanciones por discriminación o el aseguramiento de una política salarial más coherente

que reduzca tiempos de operación a la empresa (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, pp. 6-7).

En su informe más reciente, la OIT señaló que la discriminación salarial se produce en diferentes formas —de las cuales es el sexo el criterio más acentuado—, como en aquellos casos en los que un mismo trabajo recibe títulos diferentes e incluso bajo factores de capacidad, esfuerzo, responsabilidad y condiciones que son minusvaloradas al ser ejercidas por mujeres (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 20).

En el estudio *Equal Pay for Work of Equal Value* (2011) se acentúa la necesidad de procurar medidas de igualdad para todos los hombres y mujeres trabajadores, que se extienden a todos los componentes de la remuneración, incluidos el trabajo extra, los beneficios salariales, los materiales de trabajo, los permisos familiares, los suplementos o incentivos de la empresa. El análisis de estos aspectos, en el supuesto de entrar en discusión sobre el trabajo de otro empleado, envuelve la necesidad de hacer una comparación con base en criterios objetivos al tener en cuenta la relatividad del valor del trabajo y utilizar, además, un método de balance basado en cuatro factores: i) las cualificaciones: ya sean habilidades interpersonales, físicas o de comunicación; ii) el esfuerzo: tanto el emocional como el mental y físico; iii) la responsabilidad: sobre las personas, la confidencialidad, y los recursos materiales, humanos y financieros; y iv) las condiciones laborales: físicas y psicológicas (Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 17).

Los retos de tener una igualdad de remuneración en el trabajo según la OIT son: lograr la reconciliación del trabajo y las responsabilidades familiares, eliminar los estereotipos e impedir que la legislación que prohíbe la discriminación salarial sea débil, entre otros (Organización Internacional del Trabajo, 2011, p. 18).

La doctrina ha querido darle contenido a este principio de igualdad salarial y, en este sentido, ha dicho que consiste en la obligación que tiene todo empleador de fijar la remuneración de sus trabajadores bajo

parámetros objetivos, al tener presente la labor que desempeña cada trabajador, la categoría que ostenta, la preparación de cada uno de ellos, su horario y sus responsabilidades (Plazas, 2004, pp. 37-38).

En Colombia, según el artículo 143 del CST, “A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127”. Además, cita la norma que todo trato diferenciado en esta materia se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación, con el deber de sancionar siempre al empleador que imponga este trato diferenciador sin justificación alguna.

La Ley 1496 de 2011 complementa esta noción y define la discriminación directa por razón de género o sexo como un trato diferenciado, expreso o tácito en todas sus expresiones; y la indirecta, en este mismo sentido, pero con el origen dentro de una norma, política, criterio o práctica laboral. Se dispone igualmente que los criterios orientadores para el empleador al momento de definir la remuneración salarial son: la naturaleza de la actividad a realizar, el acceso a medios de formación profesional, las condiciones de trato y la admisión en el empleo.

2. Antecedentes de la Ley 1496 de 2011

El doctrinante González Charry (2004) expone que el Código de Trabajo reitera la consagración del principio de “a trabajo igual, salario igual”, proveniente de la Ley 10 de 1934 y la Ley 149 de 1936, en la que se exponía que “la diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa, en una misma región económica y por trabajos equivalentes solo se puede basar en razones de capacidad profesional, técnica, antigüedad y experiencia, cargas familiares y rendi-

miento en la obra” (pp. 397-398). Por lo anterior, cabe anotar que no se consagraba una acción judicial completa para conseguir este principio, que se ejercía en ese entonces por medio de una especie de tutela ejercida por el Ministerio de Trabajo.

Más adelante esto se complementa y modifica con la Ley 6 de 1945, que estatuye en su artículo 5 que no se pueden establecer diferenciaciones salariales, salvo aquellas basadas en la calidad y la cantidad del trabajo. Con fundamento en estas nociones, se consagra en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo el principio “a trabajo igual, salario igual”.

González Charry (2004) expone que no se trata en este caso de dos personas que desempeñen el mismo trabajo y que por eso merezcan el mismo salario, ya que dentro de las empresas hay factores de organización que se deben considerar para establecer el salario fuera de los preceptos legales. Aquí se debe considerar no solamente la condición genérica del trabajo, sino el sentido de la eficacia de ese trabajo y, más específicamente, entender que dos personas pueden trabajar en el mismo oficio y misma jornada, pero pueden dar rendimientos distintos; estas son las calidades que se deben tener en cuenta y los atributos laborales que se deben asumir como cualitativos y cuantitativos en el mismo tiempo de trabajo para determinar si esos trabajos deben ser equiparados desde el punto de vista salarial. Para el autor todo esto tenía su razón de ser en la necesidad de evitar el abuso que se venía cometiendo en el país por parte de empresas extranjeras, que preferían a los trabajadores foráneos y los recompensaban mejor que a los nacionales, aunque su trabajo y rendimiento fueran iguales (pp. 399-340).

Según el proyecto de ley que dio lugar a la Ley 1496, una encuesta elaborada por *Great Place to Work Institute Colombia* logra evidenciar que para el trimestre febrero - abril de 2010, la tasa global de participación en el mercado laboral fue 66,7 % para los hombres y 43,4 % para las mujeres. En este mismo sentido, la tasa de desempleo de los

hombres (9,4 %) fue inferior a la tasa de las mujeres (16,0 %). Además, en la exposición de motivos de esta ley, se manifiesta que en Colombia las empresas ignoran los conocimientos informales, innatos o que han adquirido en el camino profesional los trabajadores, lo que no había permitido que se incorporen en los factores de valoración salarial aquellos que generen equilibrio como la destreza manual, la labor organizativa, la coordinación o la responsabilidad. Esta situación, a su vez, favorecía mediciones carentes de criterios de justicia, que llevarían a beneficiar a los dos sexos por igual.

Ahora bien, si acudimos a la motivación del Congreso de la República (2010), la Ley 1496 de 2011 se formuló en procura de una norma que apuntara a combatir todas las manifestaciones de discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta, que en materia salarial se mantienen presentes en el escenario laboral del país. Lo anterior contribuiría, en teoría, al desarrollo económico de nuestra sociedad, pues las autoridades ejercerían más control sobre las diversas formas en que se esconde la discriminación laboral salarial en Colombia.

3. Principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor

La modificación introducida al artículo 143 del CST por la Ley 1496 de 2011 implicó cambios en el contenido del principio al consagrar la denominada equidad retributiva, esto es “a trabajo de igual valor, igual salario”, consistente en que cuando dos o más trabajadores realicen trabajos que entrañan el mismo valor, sea por desempeñar el mismo trabajo o por ejercer oficios diferentes pero que aportan el mismo valor, deben recibir igual retribución. En este sentido no solo se puede hablar del ejercicio de la labor desempeñada en un puesto igual, sino del trabajo de contenido equivalente, es decir, de igual valor, que deberá ser tenido en

cuenta para otorgar por esta razón una contraprestación equitativa.

La disposición en comento recoge la transición que ha hecho el principio “igual trabajo, igual salario” a “a trabajo de igual valor, igual salario”, que, según la OIT, está diseñado para alcanzar la equidad salarial o la retributiva y se refiere a la percepción de una remuneración justa. Aunque ambos conceptos están relacionados con corregir la diferenciación de los empleos, la equidad salarial implica que los trabajos iguales o similares se remuneren de manera idéntica, y que los trabajos que no son iguales, pero tiene igual valor, gocen de la misma consecuencia (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 34).

Es decir que el principio va más allá de establecer una remuneración igual a trabajos iguales, lo que implica que cuando haya empleados con cargos de la misma valía, se amplíe la aplicación del principio de igualdad y se les deberá retribuir de la misma forma. Pero la equidad por un trabajo de igual valor cubre “no solamente los casos en que mujeres y hombres desempeñan un trabajo igual o similar, sino también la situación más habitual en la que desempeñan trabajos diferentes” (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 35). Por esto, en el caso en que se requieran capacidades o cualificaciones, niveles de esfuerzo, responsabilidades, lugares, empresas o, en general, condiciones diferentes, pero que sean de igual valor, quienes ejercen estos distintos trabajos deben ser acreedores de una remuneración igual.

Es importante entender que bajo el término “remuneración” quedan comprendidos todos los ingresos del trabajador, es decir, no solo el salario básico sino “cualquier emolumento adicional de todo tipo”, incluido el salario en especie y los beneficios recibidos regular u ocasionalmente y, en general, todos los pagos laborales que reciba el trabajador.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha dispuesto, entonces, que el trabajo de igual valor va más

allá de la igualdad de remuneración por un trabajo igual; lo cual abarca, además, trabajos que son de una naturaleza diferente pero que tienen el mismo valor (Organización Internacional del Trabajo, 2008, p. 398).

4. Jurisprudencia colombiana

La jurisprudencia colombiana también ha querido esbozar el contenido de este principio. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre su aplicación y relevancia.

Así, en la Sentencia 7807 de 1996 evidenciamos que el Alto Tribunal proscribió el trato diferente en materia salarial y con él “se reconoce una relación de equivalencia de valores prestacionales conmutativos en cuanto a la fuerza de trabajo que suministra el trabajador al patrono y que este debe retribuir como contraprestación, sobre un plano de igualdad jurídica y material”. Por ello, si el empleador aumenta el salario de un trabajador por encima del mínimo aplicable o, en general, del que reciben los otros empleados de su misma categoría, debería conceder el mismo aumento a los demás, salvo que existan evidentes diferencias de rendimiento en calidad o en cantidad.

Además, para darle fuerza a lo anterior, encontramos las sentencias con radicados 24272 de 2005, 33673 de 2009 y 34746 de 2012, que, en general, apuntan a decir que la correcta utilización del principio no conlleva *per se* a una nivelación automática en materia salarial para todos los trabajadores. Es por esto que, como se dice en la n.º 29468 2007:

Es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del traba-

jador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral.

Vale la pena citar separadamente la decisión con radicado 33673 del año 2009, la cual respalda los argumentos utilizados en las sentencias mencionadas, pero además establece que todos los factores pueden aplicarse “sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamentan en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad”. En esta providencia se incluye, además, un nuevo elemento: la tranquilidad del empleador a la hora de encomendar una labor, la que claramente será mayor al tratarse de un trabajador capacitado o antiguo, de modo que esto podría tomarse como un valor agregado al trabajo desempeñado por el sujeto, lo que implica que sea tomado como más eficiente.

La sentencia con radicación n.º 45830 de 2014 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia corresponde a un proceso en el que el actor demanda la nivelación salarial respecto a un compañero suyo que desempeña el mismo cargo, pero tiene mayor remuneración por contar con un título profesional.

En los hechos, se indica que el demandante se vinculó a la empresa en el cargo de negociador de inmuebles, al que después se le agregó como requisito para la contratación de nuevos trabajadores la tenencia de un título profesional de calidades específicas, del cual él carecía. Posteriormente, la empresa contrató a un nuevo negociador, para el que estableció una retribución mayor con base en su formación profesional.

En esa medida, la tarea de la Corte fue determinar si el hecho de acreditar un título profesional constituía un motivo legítimo y no discriminatorio para justificar un trato retributivo diferente a favor del trabajador que posee dicho título.

Para ello, la Corte identifica como concepto primario de su motivación la equidad retributiva, entendida esta como la garantía de que si dos trabajadores realizan trabajos que aportan el mis-

mo valor, bien sea por desempeñar la misma actividad o ejecutar oficios diferentes, deben recibir igual retribución; de manera que cualquier trato diverso “deberá tener carácter jurídico legítimo u objetivo”. Entonces, “será discriminatorio aquel trato dispar, fundamentado en criterios de valoración irrelevantes, como la raza, el color, el sexo, la religión, la posición política, etcétera” (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Posteriormente, anota que son tres los criterios exclusivos que deben cumplirse para que dos trabajadores se consideren iguales y reciban la misma retribución: “dos de tipo objetivo (puesto y jornada) y uno subjetivo (condiciones de eficiencia)”, de esta forma únicamente será posible hacer una diferencia si uno de estos elementos es distinto. Agrega la sentencia que, aunque ambos trabajadores realizan el mismo trabajo y si bien solo uno de ellos acredita los títulos académicos, estos no se traducen en hacer más eficientemente el trabajo o en realizar funciones adicionales con respecto a las desempeñadas por otro trabajador.

Se deduce entonces que lo relevante para la Corte es que el trabajo sea desempeñado más eficientemente, elemento subjetivo que sería el único que permitiría un trato retributivo distinto. De manera que los conocimientos, formación académica o experiencia que marquen un criterio diferencial, así sean considerados necesarios para el ejercicio del cargo, no garantizan que un trabajador sea más competente en un determinado campo, ya que para esto se requiere, además, habilidad, destreza y aptitudes personales, por lo que en la práctica todos los factores diferenciadores deben reflejarse en una mayor eficiencia si se quiere que una diferenciación salarial sea válida.

Como consecuencia de lo anterior, se establece que hay un trato discriminatorio cuando el empleador reconoce una remuneración mayor al trabajador profesional, pues no es objetivo calificar exclusivamente la formación sin que se mire el desempeño; esto, por el contrario, se toma como una forma de discriminación.

Por esto, la Corte otorgó la nivelación salarial al actor, porque no encontró evidencia de que el empleado con mayor formación profesional tuviera un mejor desempeño; entiende entonces que ambos gozan del mismo *Know how* y que la tenencia del título no es suficiente para establecer un criterio diferenciador válido, ya que esa preparación académica se tiene que materializar en la práctica junto con las habilidades, actitudes y valores adecuados, para llevar así a una mayor eficiencia que, si no logra ser demostrada, no constituirá un argumento objetivo de distinción.

Del análisis de esta sentencia surgen entonces tres inquietudes principales: la primera sobre si el único criterio diferenciador a partir de aquí va a ser la eficiencia, con lo que perderían validez elementos como la antigüedad, la formación o la capacitación; la segunda referida a cómo podría el empleador medir aquella eficiencia para así poder establecer distinciones válidas en materia remuneratoria; y, por último, si lo que se plantea es un tema probatorio, por ser las mediciones la única prueba que se va a considerar como válida a la hora de establecer la legitimidad de un trato remuneratorio disímil, siempre que se cumplan las mismas condiciones de puesto y jornada.

5. La eficiencia

5.1 Mediciones y métodos

Para desarrollar este acápite, se usará principalmente lo discutido respecto a la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, en lo que estas puedan ser consideradas como pautas generales con el fin de ser aplicadas a todos los trabajadores.

Lo primero que cabe reiterar es que no puede establecerse un trato remuneratorio diferente por razones subjetivas que nada tengan que ver con las labores a realizar, por ejemplo: raza, color, sexo,

religión, opinión política, ascendencia nacional u otras que aparezcan como manifiestamente discriminatorias. Podemos, entonces, extraer de allí que la aplicación del principio de igualdad remuneratoria tendría como presupuesto una evaluación de tareas, que debe realizarse sin discriminación alguna.

En segundo lugar, es importante establecer algunas cuestiones generales sobre los métodos de evaluación, que son procesos que comparan los empleos para determinar su posición relativa en relación con otros en la escala salarial. Según la *Guía Introductoria a la Igualdad Salarial*, estos métodos pueden ser de dos clases:

a) Métodos de evaluación global o de clasificación, que clasifican los empleos teniendo en cuenta su importancia para el empleador; por esto se analiza cada empleo de forma general y no deteniéndose en sus elementos.

b) Métodos analíticos de evaluación del puesto de trabajo, que tienen en cuenta ciertos criterios a los cuales se les asigna un puntaje (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 43).

Allí se propone también un método desarrollado por el defensor de igualdad de oportunidades en Suecia, que se emplea para diversos fines: determinar trabajos de igual valor en correlación con encuestas salariales requeridas por la legislación, clasificar empleos diferentes, comparar dos o más empleos y determinar si es necesaria la evaluación de un empleo para desarrollar criterios para estimar la capacidad del empleado para desempeñar el trabajo. También mencionan el método Abakaba, dirigido a mujeres que consideran que ganan menos que los hombres “cuando realizan un trabajo comparable”; y el método Isos, desarrollado por la Universidad Politécnica de Cataluña en el 2003, en el que se asignan puntos a los empleados examinados sobre la base de las respuestas dadas en un cuestionario cerrado. Dentro de los esquemas anglosajones está el NJC JES desarrollado por el Consejo Conjunto Nacional del Reino Unido, muy parecido al mencionado anteriormente y aplicable

a todas las ocupaciones dentro de la organización (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 47).

Esta guía, en cuanto a la selección del método a usar, expone que los analíticos “identifican y corrigen mejor la discriminación salarial y promueven la igualdad y una vez identificado este, se deben cubrir de forma adecuada los aspectos ignorados o discriminados para alguno de los trabajadores”. De esta manera, hay que ponderar todos los factores ya que cada uno de ellos se ubica en una escala con diferentes niveles de intensidad o frecuencia, en el entendido de que no todos tienen la misma importancia para que una empresa funcione. La ponderación debe reflejar estas diferencias e identificar siempre el contenido de los trabajos a evaluar, lo cual se puede hacer por medio de descripciones formales de empleo, cuestionarios y entrevistas a los empleados, en las que se les puede asignar un valor por puntos a los empleos. Una vez finalizada esta evaluación y cálculo de puntos, hay que examinar los resultados y así proceder o no a su nivelación (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 48).

Así, la evaluación del puesto de trabajo que pretende medir el valor relativo de los empleos sobre la base del trabajo que se realizará es diferente a la evaluación del rendimiento. Sin embargo, la segunda, que evalúa el rendimiento de un trabajador en concreto, puede afectar la remuneración. “Si, por ejemplo, existen primas al rendimiento o a la productividad, se pueden justificar las diferencias en la remuneración mensual total. Esto no resulta discriminatorio si los criterios de rendimiento y productividad no son discriminatorios en sí y todo el mundo tiene la oportunidad de beneficiarse de estas primas” (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, p. 30).

De cualquier manera, la Comisión de Expertos de la OIT ha dicho que sea cual sea el método de evaluación o el criterio diferenciador, “es indispensable que se le aplique de buena fe”; esto en el caso de que, en principio, *per se*, no sea discriminatorio, pero su forma de aplicación sí lo sea, por ejemplo, porque no se aplican de manera generalizada, sino

para esconder o camuflar segregaciones a ciertos trabajadores (Oelz, Shauna, Tomei, 2013, pp. 50-52).

Otra cuestión relevante es si para corregir un escenario discriminatorio, el empleador puede disminuir el salario del trabajador a cuyo favor opera la diferencia; frente a lo cual, un análisis de Derecho comparado hecho por la Comisión de Expertos de la OIT señala que “en Canadá, los Estados Unidos, la India y Swazilandia, las leyes que disponen la igualdad de remuneración especifican que el empleador no podrá reducir los salarios (o la tasa de remuneración de ningún trabajador) para eliminar una práctica discriminatoria (o para cumplir con una disposición legal)”. En otros países como Francia y Luxemburgo, la legislación establece que se aplicará automáticamente la remuneración más elevada cuando exista desigualdad en las remuneraciones por un trabajo de igual valor (Organización Internacional del Trabajo, 1986, p. 60). Se comparte la idea plasmada en la normatividad de estos países por ajustarse más a nuestro Derecho, al tener en cuenta sus principios básicos, como el de favorabilidad o el protector.

5.2 La medición de la eficiencia en Colombia

En cuanto a los métodos de medición en Colombia, la Ley 1496 de 2011 estableció en el artículo 4 que el Ministerio de Trabajo debía reglamentar, dentro del año siguiente a la expedición de la ley, lo relativo a la construcción de las reglas de valoración salarial previstas en el mismo artículo.

Sin embargo, a hoy no se ha expedido dicha reglamentación, aun cuando existe una orden clara en este sentido que proviene no solo de la propia ley, sino también de la Sección Quinta del Consejo de Estado que, mediante sentencia dictada dentro de una acción de cumplimiento, ordenó al Ministerio de Trabajo la expedición de la reglamentación correspondiente en un plazo de seis meses (Consejo de Estado, 2014).

Una de las razones expuestas por el Ministerio de Trabajo para justificar la omisión en la expedición de la reglamentación fue la deficiente forma en la que fue redactada la Ley 1496. En efecto, aduce el Ministerio que en el artículo 4 se incluyen elementos que no son en sí mismos factores de valoración y que, por ende, dificultan la puesta en práctica de las disposiciones de la ley ¹.

La ausencia de definición del alcance de estos criterios y las dificultades que se derivan de la falta de reglamentación se ven reflejadas en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, en la sentencia que constituye el objeto central de esta ponencia, por las consecuencias que de allí se pueden extraer para la práctica empresarial.

Así, de la citada sentencia surge una regla general en el sentido de que la eficiencia será el único criterio que se considerará válido para hacer distinciones salariales que no caigan en el terreno de la discriminación, es decir, que siempre que dos trabajadores realicen su labor en condiciones de eficiencia equivalente, carecerá de justificación cualquier distinción salarial, aunque la misma esté fundada en aquellos factores que tradicionalmente se han considerado como objetivos o razonables como la antigüedad, la experiencia o, como en el caso de la sentencia, la formación profesional.

Uno de los inconvenientes, que puede generar el anterior planteamiento, además de acabar con consideraciones doctrinales, legales y jurisprudenciales bastante decantadas, es que mientras no se expida la reglamentación correspondiente, el empleador que implemente escalas salariales basadas en criterios objetivos como la formación y, en con-

1. Los factores a los que alude el artículo 4 son:

ART. 4 —Factores de valoración salarial. Son criterios orientadores, obligatorios para el empleador en materia salarial o de remuneración como los siguientes:

- a) La naturaleza de la actividad a realizar;
- b) Acceso a los medios de formación profesional;
- c) Condiciones en la admisión en el empleo;
- d) Condiciones de trabajo;
- e) La igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación;
- f) Otros complementos salariales.

secuencia, el cumplimiento de un perfil académico, o cualquier otro razonamiento que responda a sus necesidades, quedará reducido a que el único criterio válido para hacer una distinción sin verse expuesto a un conflicto laboral por discriminación salarial será la eficiencia de los trabajadores. Es decir, solamente la mayor eficiencia de un trabajador en el desempeño de sus funciones justificará la desigualdad de trato en materia salarial, sin que el empleador cuente a la fecha con los instrumentos legales que permitan o faciliten la labor de esta medición y sin que valga la pena arriesgarse a seguir usando los criterios clásicos de diferenciación por la inseguridad jurídica que se ha generado por la jurisprudencia.

5.3. Método para evaluar la igualdad salarial

Ante este panorama, hay otro punto que se ve agravado por las disposiciones de la Ley 1496: la prueba de la distinción salarial, la cual debe obedecer a criterios objetivos y razonables.

En virtud de todo lo dicho anteriormente, la propuesta es generar una forma de medición más completa y respetuosa de los intereses del empleador, que no vaya en perjuicio de los derechos del trabajador. Para ello se considera pertinente establecer un método de evaluación analítico, como el que ya se ha mencionado en este escrito, en el que se tengan en cuenta todos y cada uno de los aspectos relevantes del cargo como responsabilidad, el tipo de tareas encargadas y, en general, las condiciones en que haya que desarrollarse. Sin embargo, esta evaluación debe complementarse con los aspectos personales de cada trabajador al establecer, por ejemplo, un puntaje para la antigüedad, la preparación académica o para decir qué tan bien se realizó una labor. Además, debe expresarse la forma en que estos influyen en la mejor realización de las labores, con el fin de que se pueda esgrimir como argumento, incluso, el de la confianza que genera en el empleador y los demás factores mencionados. De este modo, resulta totalmente

importante para la materia que el Ministerio de Trabajo procure promulgar el decreto correspondiente para fijar parámetros objetivos que limiten una interpretación amplia que pueda llevar a amenazar la estabilidad de las empresas e incluso la condición de los trabajadores.

Se propone tal método porque de esa manera se tendría una evaluación más completa (tanto del empleo como del empleado); se acataría el Convenio 100 de la OIT que invita al establecimiento de un sistema de evaluación de tareas; y no se dejaría de lado el artículo 143 de nuestro Código, ya que se tendría en cuenta la eficiencia. Además, se permitiría que el empleador establezca incentivos a elementos como la educación o a la antigüedad —que muy seguramente influirán de manera positiva en la calidad del trabajo prestado por sus contratados— que, por estar fundados en una medición previa, aplicada de manera general y en la que se manifiesta que influyen en la eficiencia, no podrían de ninguna manera reputarse ilegítimos.

Finalmente, en cuanto a la periodicidad de las mediciones, se considera pertinente tener una evaluación fija de puestos y tareas, que solo sea modificada cuando se agreguen, supriman o se varíen tanto los empleos como las condiciones de algunos; a saber, horario, funciones, cantidad, esfuerzo requerido, entre otras.

Además de lo anterior, para la evaluación del componente de eficiencia que le agrega el trabajador, se sugiere realizar una medición inicial en el momento de implementar este sistema. Los aspectos a tener en cuenta estarán en constante observación y se considera prudente consignarlos o sacar conclusiones al menos tres veces al año, por supuesto, sin dejar pasar que cada vez que ingrese un nuevo trabajador sean señaladas las características de su perfil profesional, para determinar si estas influyeron en el modo de desarrollar sus tareas y así establecer un trato remuneratorio distinto a los trabajadores sin que deba prosperar acción alguna.

Conclusiones

Tanto en Colombia como en muchos otros países del mundo, la igualdad salarial sigue siendo un reto, ya que la legislación es débil e incompleta, sobre todo en lo concerniente a los mecanismos de fijación de las tasas de remuneración, que permitan al empleador establecer distinciones válidas que no vayan en contra de los intereses ni la equidad de los empleados como lo estipulan los Convenios 100 y 111 de la OIT.

Esto ha llevado a que los vacíos normativos sean completados por la jurisprudencia, la cual, en la actualidad, ha generado unos criterios que distan de lograr una equidad salarial. Por lo tanto, aspectos tan importantes como la formación y la antigüedad quedan supeditados a la medición de la eficiencia que, en palabras de la misma Corte Suprema de Justicia, es de carácter subjetivo y, por ello, de difícil valoración.

Esta omisión de las autoridades del trabajo de promover el consenso para desarrollar los criterios de los factores de valoración salarial previstos en la Ley 1496 de 2011, obliga a que se les comine a cumplir con lo dispuesto en la ley, para lo cual deberán fijar un método de evaluación analítico en el que se tengan en cuenta los aspectos relevantes del cargo y, en general, las condiciones en que haya que desarrollarse. Todo lo anterior debe estar complementado con los aspectos personales de cada trabajador e integrado por diversos criterios que respondan a las necesidades y realidades de los empleadores y trabajadores del país.

Referencias bibliográficas

Consejo de Estado [CE], Sección Quinta, 16 de octubre (2014). C. P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Congreso de la República, 5 de agosto (1950). Código Sustantivo del Trabajo. [Decreto Ley 2663 de 1950] DO: n.º 27.407.

Congreso de la República, 19 de febrero (1945). “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo [Ley 6 de 1945].

Congreso de la República, Cámara de Representantes, 23 de julio (2010). Gaceta del Congreso n.º 451 “Por medio de la cual se establecen mecanismos para fomentar acciones afirmativas en procura de la igualdad salarial entre mujeres y hombres en Colombia y se establecen otras disposiciones”.

Congreso de la República, 29 de diciembre (2011) “Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones” [Ley 1496 de 2011].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. 26 de noviembre (2014). Sentencia 45830 M. P.: Carlos Ernesto Molina.

González Charry, G. (2004). *Derecho laboral colombiano. Relaciones individuales*. Bogotá: Legis Editores S. A.

Legis. (2016). *Cartilla laboral Legis 30* ed. Bogotá: Legis Editores S. A.

Oelz, M., Shauna, O. & Tomei, M. (2013). *Igualdad salarial, guía introductoria*. 1.^a ed. Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_223157.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1951). C100 - Convenio sobre igualdad

de remuneración. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1958). C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1986). OIT. Estudio general de las memorias relativas al Convenio (núm. 100) y a la Recomendación (núm. 90) sobre igualdad de remuneración (Informe III, parte 4B). Conferencia Internacional del Trabajo, 72.ª reunión. Disponible en: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1986-72-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1986-72-4B).pdf)

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2008). Informe de la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones (Informe III, parte 1A). Conferencia internacional del trabajo, 97ª reunión.

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2011). Equal Pay for Work of Equal Value: How do We Get There? Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/@multi/documents/meetingdocument/wcms_156288.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2011). Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo Conferencia Internacional del Trabajo 100.ª reunión. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2011). La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente sin cumplirse. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2011). La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente sin cumplirse. Conferencia Internacional del Trabajo, 100.ª reunión. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_154780.pdf

Plazas, G. (2004). *La nueva práctica laboral*. 8.ª ed. Bogotá: Editorial Linotipia Bolívar.

Rodríguez, J. & Izquierda M. (2008). *Guía teórico práctica del derecho laboral y su procedimiento*. 2.ª Ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.



La pensión de vejez de los desmovilizados: entre la legalidad y su costo de aplicación*

Raquel Sarria Acosta
Johan Mauricio Caldas García
Luis Miguel Alarcón Ardila**

Resumen

La Ley 100 de 1993 en su artículo 147 prevé que “los colombianos que acogiéndose a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente ley con garantía de pensión mínima en el régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas”, es decir, la mitad del tiempo requerido.

Para entender en debida forma los alcances y consecuencias, hay que estudiar los efectos jurídicos y económicos que acarrea implementar di-

cha medida. Por ello, este trabajo académico tiene como objetivo analizar la aplicación de un régimen de pensión a los desmovilizados del proceso de paz colombiano. Con el fin de lograr lo anterior, en primer lugar, se hará referencia al ordenamiento jurídico interno con la mención de lo concerniente al sistema general de pensiones que resulte relevante para el caso de estudio. Por otra parte, se expondrán las soluciones en materia pensional que se han dado en procesos de paz análogos en otros países de Latinoamérica; y, por último, se hará un análisis económico que permita apelar a aspectos prácticos para emitir una conclusión final sobre la viabilidad del acuerdo.

* Artículo recibido el 30 de noviembre de 2016 y aceptado el 15 de diciembre de 2016.

Ponencia ganadora de MENCIÓN ESPECIAL en el III Encuentro Nacional de semilleros de investigación en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2016), organizado por el Colegio de Abogados del Trabajo conjuntamente con la Universidad de los Andes, La Sabana, Externado de Colombia, el Rosario, Norte y Pontificia Universidad Javeriana.

** Raquel Sarria Acosta: estudiante de décimo semestre de Derecho y de octavo semestre de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Miembro del Semillero en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Correo electrónico: raquelsaac@unisabana.edu.co

Johan Mauricio Caldas García: estudiante de décimo semestre de Derecho (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas) y séptimo semestre de Economía y Finanzas Internacionales (EICEA, Escuela Internacional en Ciencias Económicas y Administrativas) de la Universidad de La Sabana. Miembro del Semillero en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Correo electrónico: johan.caldas@unisabana.edu.co

Luis Miguel Alarcón Ardila: estudiante de noveno semestre de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Miembro del Semillero en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Correo electrónico: luisalar@unisabana.edu.co

Palabras clave

Posconflicto, pensión, pensión para desmovilizados, pensión mínima en régimen de prima media.

Introducción

El presente trabajo investigativo —a diferencia de muchos otros— no es de corte propositivo, lo que significa que no concluye con una posición personal de los autores en la cual se dé solución al problema que se formula; por el contrario, con este se pretende dejar abierto en la comunidad universitaria un debate académico, que permita la consideración de un posible panorama de posconflicto, del cual no se ha hecho referencia, cuando menos, en este tipo de espacios.

En este momento, Colombia se enfrenta a un proceso de paz con el cual busca terminar un conflicto armado que ha desangrado al país por más de cincuenta años. Según lo anunciado a la opinión pública, se presentará un documento final de los acuerdos alcanzados entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las Farc.

Entre los muchos asuntos que se han tratado en la mesa de negociación, hay uno que llama la atención en materia de seguridad social y es el referente al régimen de pensiones, al que se ha propuesto someter a los reintegrados. Sobre este punto, la Ley 100 de 1993 en su artículo 147 prevé que “los colombianos que acogidos a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente ley con garantía de pensión mínima en el régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas”, es decir, la mitad del tiempo requerido.

Para entender en debida forma los alcances y consecuencias de lo que significaría un acuerdo de este tipo, se deben estudiar los efectos jurídicos y económicos que acarrea dicha medida. En razón de lo anterior, este trabajo tiene como objetivo analizar

la aplicación de un régimen de pensión a los desmovilizados del proceso de paz colombiano. Con el fin de lograr dicho análisis, en primer lugar, se hará referencia al ordenamiento jurídico interno con la mención de lo concerniente al sistema general de pensiones que resulte relevante para el caso de estudio; por otra parte, se expondrán las soluciones en materia pensional que se han dado en procesos de paz análogos en otros países de Latinoamérica; y, por último, se hará un análisis económico que permita apelar a aspectos prácticos para emitir una conclusión final sobre la viabilidad del acuerdo.

Vale la pena destacar la importancia del análisis económico, ya que no se puede dejar de considerar que el posconflicto le costaría a Colombia, tan solo en los próximos diez años, alrededor de 90 billones de pesos. Este monto equivale al 45 % del presupuesto nacional de un año o, visto de otro modo, casi quince veces el valor de la transacción por la venta de la participación accionaria que tenía el gobierno en Isagén.

De cara a ello, es evidente que las obligaciones que adquiere el gobierno con la firma de los acuerdos de paz con la guerrilla de las Farc, significan una gran carga económica, que pone en aprietos las finanzas de la nación. Por este motivo, será necesario recortar presupuestos sectoriales y plantear una nueva reforma tributaria. Sin embargo, esto no es garantía de disponibilidad presupuestaria, ya que, con el devenir macroeconómico, la estabilidad financiera de un país no tan sólido como Colombia depende del panorama internacional y de incertidumbres sociales.

1. Ordenamiento jurídico interno

1.1 Marco constitucional

La firma de la Carta Constitucional el 4 de julio de 1991 fue presidida por Horacio Serpa Uribe, Álvaro

Gómez Hurtado y Antonio Navarro Wolf, quienes fungían entonces como presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente. Es importante traer a colación que Navarro Wolf fue miembro del grupo guerrillero M 19, que recientemente había sido parte de un proceso de desmovilización. A partir de ello, se creó el movimiento político de Centro Izquierda denominado Alianza democrática M-19, el cual participó en la Asamblea. Este hecho podría ser relevante en el tratamiento constitucional que se le dio a la población desmovilizada.

La Constitución informa que “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria (...)” (1991, artículo 1), hecho que permite determinar que las normas que se consagran tanto en la Constitución como en las de aplicación nacional y en la jurisprudencia de las Altas Cortes buscan garantizar ese Estado Social de Derecho en todo el territorio nacional. Finalmente, concluye este artículo expresando que está fundada Colombia con “(...) prevalencia del interés general”, que en este contexto de posconflicto se ha entendido como el logro de la paz.

En su segundo artículo reza sobre los fines esenciales del Estado, entre los cuales está “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (Constitución Política, 1991, artículo 2.º).

Por su parte, el artículo 48 de la Carta establece que:

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley (...) (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 48).

1.2 Regulación legal del derecho a la seguridad social

En desarrollo del artículo 48 superior, el Legislativo tramitó y expidió la Ley 100 de 1993, que tiene vigencia desde el 1.º de abril de 1994, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral. En el artículo 147, se reconoció la garantía de pensión mínima para desmovilizados; la norma se generó en el marco de la post-desmovilización del M-19 y se reserva igualmente para las desmovilizaciones a futuro, como incentivo a la vinculación a actividades productivas de personas que, por combatir por ideales políticos, no pudieron cotizar las semanas requeridas. El artículo a la letra dice:

Los colombianos que acogiéndose a procesos de paz se hayan desmovilizado o lo hagan en el futuro, podrán pensionarse en las edades establecidas en la presente ley con garantía de pensión mínima en el régimen de prima media con prestación definida, siempre que hayan cotizado por lo menos 500 semanas (Ley 100, 1993).

Posteriormente, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud emitió el Acuerdo 138 de 1999, que estableció el mecanismo especial de identificación de la población desmovilizada beneficiaria del régimen subsidiado, el mismo mecanismo de identificación de población que se podría adoptar para reconocer la población que tiene derecho a acceder a la garantía de pensión mínima consagrada en el artículo 147 de la Ley 100.

El acuerdo consagra la identificación de beneficiarios en el artículo 1, en los siguientes términos:

La población desmovilizada y sus núcleos familiares a cargo de la Secretaría Especial para la Reinserción, de la Red de Solidaridad Social, identificará mediante listado censal elaborado por esta Secretaría (...). Para adelantar el proceso de identificación se tendrán

en cuenta los listados oficiales del Ministerio del Interior (Acuerdo 138, 1999).

Hasta aquí todo parece teóricamente coherente, sin embargo, en 2005 se expide el Acto Legislativo 01, que hace una adición al artículo 48 de la Constitución Política:

ART. 1 – Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

(...)

A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo (Acto Legislativo 01, 2005, artículo 1.º) (negrillas fuera de texto).

Parágrafo transitorio 2 – Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, **así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones** expirará el 31 de julio del año 2010 (Acto Legislativo 01, 2005, artículo 2) (negrillas fuera de texto).

El tenor antes mencionado generó un fuerte debate interpretativo, pues no se tenía claridad de si lo establecido en el artículo 147 de la Ley 100 se enmarcaba dentro de las prohibiciones a regímenes especiales que planteó el Acto legislativo 01 de 2005.

A su turno, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en su oportunidad, conceptuó que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 contenía un régimen pensional especial, que era contrario al artículo 48 de la Constitución Política y que fue derogado tácitamente por el Acto Legislativo

01 de 2005. Pero, con esta interpretación no se solucionó el limbo jurídico, toda vez que el concepto emitido no tenía fuerza vinculante.

1.3 Precedente jurisprudencial

Para tener en cuenta el precedente jurisprudencial, en la sentencia del 18 de septiembre de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B (M. P. César Palomino Cortés), falló el proceso de referencia 2013 - 00545 00. En dicho proceso, la señora Alix María Salazar Salazar (demandante) solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución 4107 del 19 de julio de 2012, expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá (en calidad de delegada de la Nación Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio), mediante la cual negó el reconocimiento de una pensión ordinaria de jubilación.

El debate jurídico allí planteado puso de presente el limbo jurídico que representaba el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, frente a lo dispuesto por el Acto legislativo 01 de 2005, toda vez que la demandante había sido desmovilizada del M-19.

En el análisis del caso, el Tribunal planteó entre otros argumentos, los siguientes:

En relación a la vigencia de la norma en comentario, la Sala observa **que la Corte Constitucional**, mediante auto 041 del 14 de mayo de 2002, confirmó el auto de abril 4 de 2002 y, por auto del 062 del 4 de abril de 2005, confirmó el auto del 28 de febrero del mismo año, mediante los cuales esa corporación **rechazó las demandas de inexecutable contra el artículo 147 (parcial) de la Ley 100 de 1993** (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2014, p. 8) (negrillas fuera de texto).

Con base en lo anterior, el Tribunal advierte que la misma Corte Constitucional no ha puesto en duda la constitucionalidad del artículo 147 de la

Ley 100 de 1993, por lo cual, parte de reconocer la plena constitucionalidad del mismo. Y señaló:

Aceptar que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 **creó un régimen especial** de pensión para desmovilizados **es, simple y llanamente, ir en contravía del espíritu de la Ley 100 de 1993**, que pretendió la universalidad del sistema integral de seguridad social y eliminar justamente las pensiones y regímenes especiales (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2014, p. 9) (negrillas fuera de texto).

En su argumentación, el Tribunal igualmente expresó:

Si bien es cierto que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, **exige 500 semanas de cotización**, ese solo hecho **no le imprime carácter de régimen especial** a la pensión pretendida; pues no puede olvidarse que el ordenamiento jurídico colombiano en su oportunidad en el régimen general de pensiones, consagrado en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo 049 de 1990, para los afiliados al entonces Instituto de Seguros Sociales, para acceder a la pensión por vejez, exigía un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2014, pp. 9-10) (negrillas fuera de texto).

Finalmente, el Tribunal, en el numeral dos del fallo, decidió declarar la nulidad de la Resolución 4107 del 19 de julio de 2012.

En virtud de dicho fallo, y de la parte motiva de la demanda, es preciso advertir entonces que el artículo 147 de la Ley 100 de 1993 está plenamente vigente y por lo tanto genera efectos jurídicos a favor de la población desmovilizada. Por otro lado, que la garantía de pensión mínima para desmovilizados no se considera un régimen especial, y que los requisitos para acceder a esta garantía son: i) calidad de colombiano, ii) calidad de desmovilizado, iii)

500 semanas de cotización y iv) 57 años de edad si es mujer, 62 si es varón (Ley 797, 2003, artículo 3).

Al revisar el tenor del Acto legislativo 01 de 2005, se concluye que el mismo texto permite discernir que la derogación se genera sobre **“cualquier otro distinto** [sistema de pensión] al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones (...)” (Acto legislativo 01, 2005, Parágrafo transitorio 2) (negrilla fuera de texto).

Con lo anterior claro, al hacer un análisis del texto se puede inferir razonablemente que la garantía de pensión mínima a desmovilizados no es distinta a la establecida de forma permanente en el artículo 147 de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, la derogación no puede darse sobre esta, toda vez que la misma se establece precisamente por la Ley 100, que, dicho sea de paso, regula el sistema general de pensiones en Colombia.

Resuelto el dilema legal colombiano que planteó el artículo 147 de la Ley 100 de 1993, es preciso señalar como complemento, el tratamiento que se ha dado en otros procesos de paz al derecho de la población que deja las armas en un conflicto armado a adquirir la pensión.

2. La seguridad social y los procesos de paz: El Salvador y Guatemala

Dentro del marco latinoamericano, se han adelantado varios procesos de paz con algunas características que podrían parecer comunes al conflicto que se ha desarrollado en Colombia. En este sentido, los adelantos en los términos políticos, pero sobre todo en materia de las condiciones de seguridad social ofrecida a quienes acordaron dejar las armas para reincorporarse en la vida civil, adoptadas en otros países pueden ser tenidas como un punto de referencia relevante para la aplicación de este tipo de alternativas con miras al posconflicto en el nivel nacional.

2.1 Acuerdos de paz de Chapultepec: caso de El Salvador

Con el fin de contextualizar el conflicto que dio lugar al acuerdo, es preciso mencionar que la lógica de la lucha en El Salvador responde a dos factores: la situación de inestabilidad interna y un actor externo y permanente como Estados Unidos, en razón de su estratégica posición geográfica en la región (Ungo, 1984, p. 143). Dentro de la estructura, supuestamente democrática, se había establecido una casta militar que rechazaba todo aquello que incluyera políticas sociales o que permitiera una participación activa de las clases populares en los asuntos que les afectaran de manera directa.

En razón de este tipo de políticas, Ungo (1984) expresa que las represiones del gobierno central dejaron como saldo “iglesias perseguidas, sindicatos destruidos, periódicos y radios de oposición dinamitados y más de 40.000 salvadoreños asesinados desde 1980, en el más amplio muestrario de la actividad humana” (p. 143). Todo ello generó gran desconfianza hacia las instituciones por parte de la sociedad, lo cual favoreció las intenciones del levantamiento en armas de algunos sectores de la población. Como resultado, nació el Frente Farabundo Martí (FMLN), grupo con el que el gobierno de El Salvador estuvo en guerra civil por doce (12) años.

En 1990 las dos partes que habían estado en disputa aceptaron que las Naciones Unidas (ONU) sirvieran como un actor que mediara en el conflicto, para poder así detener la violencia y, por lo tanto, la inestabilidad política, económica y social en la que estaba sumergida el país. Lo anterior culminó con la histórica firma del acuerdo en el Castillo mexicano de Chapultepec en 1992 (Orgambides, 1992).

El documento que fue firmado no solo acordaba el fin de las acciones hostiles, para citar normatividad internacional como el Acuerdo de Ginebra del 4 de abril de 1990, sino que establece una lis-

ta de obligaciones a cargo del Estado, muchas de ellas a favor del movimiento combatiente FMLN. Entre las obligaciones están las de capacitar a los ex combatientes para ser parte de la Policía Nacional Civil, de lo cual estaría a cargo el Ministerio de Educación, la Academia Nacional de Seguridad Pública y las diferentes instituciones universitarias del país (Acuerdos de Paz de Chapultepec, 1992).

Respecto al reconocimiento de derechos laborales y pensionales, en el punto 9 está el llamado “Plan de Reconstrucción Nacional”. Según lo pactado, este plan debía ser presentado por el gobierno al FMLN con el fin de que participara en su construcción, ya que este desarrollaría temas muy importantes que tendrían que ver con “el desarrollo integral de las zonas afectadas por el conflicto (...)” y, por supuesto, la atención a los actores más afectados. Los diferentes programas nacionales adoptarían “medidas tendientes a facilitar la reincorporación de FMLN a la vida civil, institucional y política del país, incluyendo programas tales como becas, empleos y pensiones, programas de vivienda y para la instalación de empresas” (Acuerdos de Paz de Chapultepec, 1992, punto 9).

En materia pensional, esto ha hecho que las diferentes entidades gubernamentales tomen acciones positivas en la inversión de dinero para el reconocimiento efectivo de este derecho, mediante leyes, actos administrativos y programas contenidos en políticas públicas. La aplicación de esta garantía rige tanto para las Fuerzas Armadas — no se puede olvidar que estas son un actor importante — como también para el grupo insurgente.

En la actualidad, las políticas pensionales en El Salvador siguen aplicando lo pactado en 1992 como se puede notar en la reciente transferencia de dinero al Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local (FISDL), que aprobó la comisión de la Hacienda de la Asamblea. La decisión se adoptó para pagar la pensión a los llamados “veteranos de guerra” tanto del Ejército, a los que se les ha destinado un monto de 1.5 millones de dólares,

como del FMLN, a los cuales se les destinarán 950 mil dólares (Mendoza, 2015).

El poder central, para no afectar las cotizaciones que hacen las personas de la sociedad civil, pero con el propósito del reconocimiento pensional a los actores del conflicto, decidió que su financiamiento vendría de un ahorro que se haría del gas licuado, lo cual es un producto de la reducción de la factura petrolera. Esta resulta ser una idea muy interesante para garantizar la pensión a un grupo de actores de la sociedad que no han cotizado, pero sin afectar al resto de la población.

2.2 Acuerdo de Paz Firme y Duradera: caso de Guatemala

El proceso de paz en Guatemala dio fin a una guerra civil de alrededor de 36 años de duración. Este conflicto, al igual que el de El Salvador, tiene un gran componente externo: la pugna entre las dos hegemonías en la Guerra Fría, que se manifestó en el pequeño contexto guatemalteco, “donde dicotomía de fuerzas ideológicas llevaron a una confrontación armada que dio como resultado varios miles de muertos” (Jonas, 2000). El apoyo por parte de Estados Unidos al derrocamiento de gobiernos democráticos con políticas sociales como el de Jacobo Arbenz en el año de 1954 (quien sería posteriormente asesinado) hizo que surgieran movimientos guerrilleros como la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

A pesar del complejo contexto político, que agudizaba el resto de los ámbitos de la sociedad, el 29 de diciembre de 1996, el presidente de Guatemala de ese momento, Álvaro Arzú, firmó el Acuerdo de Paz Firme y Duradera con el movimiento Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca². Con

2. Una referencia histórica que vale la pena mencionar en este punto, es que este acuerdo de paz se da siete años después de la caída del muro de Berlín y, por lo tanto, de la Unión Soviética en 1989. Esto representaría una pérdida de capital político a nivel internacional para las guerrillas con ideología de izquierda, que las obligaría a negociar con los gobiernos centrales del país al que pertenecieran.

este acuerdo se buscó “una solución política al enfrentamiento armado que ha generado nuevos espacios de diálogo y entendimiento dentro de la sociedad guatemalteca” (Acuerdo de Paz Firme y Duradera, 1996).

En el punto séptimo del acuerdo de paz al que se llegó entre las partes, se expresa que para evitar la exclusión social, se debe evitar el desempleo de los sectores firmantes y, además, se asocia el desarrollo sostenible con la garantía de “la salud, la educación, la seguridad social y la capacitación de los habitantes” (Acuerdo de Paz Firme y Duradera, 1996, Punto 7).

De lo anterior se puede denotar, de nuevo, la importancia que tienen las prestaciones sociales para la vida digna de las personas en sociedad, razón por la cual siempre viene a ser un punto central y presente en los acuerdos de paz.

En el desarrollo de este punto séptimo, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió una resolución para el acuerdo de los aspectos socioeconómicos y la situación agraria del país. En este documento hay un apartado especialmente dedicado a la seguridad social, de la cual expresa que “constituye un mecanismo de solidaridad humana con el cual se contribuye al bienestar social y se sientan las bases para la estabilidad, el desarrollo económico, la unidad nacional y la paz” (ONU, 2002).

3. Proyección económica

Luego de revisar la cuestión nacional sobre seguridad social y dar un vistazo al tema en los acuerdos de paz de El Salvador y Guatemala, es menester adentrarnos en el aspecto económico.

3.1 Contexto económico mundial

La situación económica mundial ha impulsado a los analistas a pensar en una recesión económi-

ca global. En primer lugar, por las expectativas de cambios grandes en el mercado europeo, como la salida de Gran Bretaña de la Unión Europea, que perjudicaría el crecimiento regional de la zona euro, que ha enfrentado carencias de demanda agregada.

Por otra parte, las economías en desarrollo demuestran una desaceleración generalizada, que las ha obligado a buscar recursos en el mercado internacional, lo cual las hace más vulnerables a choques externos por los déficits en sus cuentas corrientes. Una situación contraria se plantean las economías del G-20, a las cuales se les recomienda aumentar el gasto público para incrementar la demanda de bienes y servicios, ya que, de lo contrario, frenarían su crecimiento y en algunos casos de la zona euro alcanzaría deflación³.

En el panorama internacional también es notorio el impacto que genera la disminución en el precio internacional del petróleo, el cual origina en Colombia reducción en los ingresos de divisas por exportación de petróleo y la consiguiente devaluación de la moneda. Además, afecta directamente el presupuesto de gasto público, no solo por la tributación de las empresas extractivas, sino por la utilidad neta que recibe de la actividad de Ecopetrol, que es mayoritariamente pública.

El panorama internacional incrementa las expectativas de aumento en las tasas de interés de la FED⁴, situación que, para agravar la situación presente, fortalecería más el dólar a nivel internacional; por otro lado, esto acrecentaría las primas de riesgo, lo que a su vez aumentaría en Colombia el costo de pedir dinero prestado.

Además, los efectos generalizados por el aumento de las tasas de interés de la FED tienen repercusiones directas sobre el crecimiento de sus socios comerciales de economías pequeñas, que apoyan la mayor parte de su actividad comercial en la exportación de materias primas al mercado estadou-

nidense como, por ejemplo, Ecuador, Venezuela y, claramente, Colombia.

Esta fuerte devaluación del peso incrementa los precios de los bienes y servicios importados, lo que impide la tecnificación nacional, ya que eleva radicalmente los costos de la implementación de tecnologías internas en la industria. Empero, en el mercado de bienes y servicios representa un alza generalizada de los precios, es decir inflación, ya que el mercado nacional depende sustancialmente de los productos que se importan al país, sean finales o intermedios, pero, a causa de la devaluación, el valor nominal se incrementa.

Es por ello que la inflación acumulada de los últimos doce meses es de 7,59 %, muy alejado de aquel menos del 2 % que tuvimos hace unos años, y se estima que alcance el 8 % al culminar el año 2016. Sin embargo, contrario a la teoría de Philips (curva empírica de pendiente negativa que relaciona la inflación y el desempleo), los aumentos en la tasa de inflación no han significado una reducción en la tasa de desempleo, ya que este está aumentando en Colombia progresivamente por la caída de las demandas.

Estos efectos negativos serán más notorios cuando se impongan mayores cargas tributarias a la población civil, medida casi obligatoria para subsanar los gastos que significan los acuerdos de paz pactados en La Habana y ratificados por los colombianos. Como consecuencia de esto, se desacelerará el consumo privado y el gasto público, lo que afectará en una relación más que proporcional al Producto Interno Bruto (PIB), tal como lo indican las teorías económicas clásicas.

El resultado de esta desaceleración progresiva, y en relación con el panorama internacional que no se muestra muy prometedor en el corto plazo, es el acrecentamiento del riesgo de un déficit presupuestario tan significativo, que impida el cumplimiento de los acuerdos de La Habana.

Son muchas las externalidades que pueden impactar seriamente en una economía, al escapar de

3. Deflación: tendencia sustancial de los precios a la baja; el ritmo de la actividad económica se reduce.

4. FED: Federal Funds Rate.

las estimaciones para contingencias. Tan es así, que aun sobre la línea de salida de este posconflicto, es posible evidenciar las dificultades presupuestarias que han alterado el panorama nacional colombiano, en el cual aún no se contempla el grueso rubro de los acuerdos de paz.

Estos choques se han dado, por ejemplo, a causa del cambio climático que aqueja a todo el país, así como de circunstancias externas como la devaluación de la moneda, que impacta directamente sobre el intercambio internacional de bienes y servicios, y las proyecciones financieras de sectores comerciales, que dependen del comercio mundial. A esto se suma la caída radical del precio del petróleo, que afecta las finanzas de los consolidados petroleros del país, que participan con un grueso porcentaje en el PIB nacional.

La sumatoria de esas afecciones macroeconómicas ha obligado al gobierno nacional a disminuir el presupuesto nacional del año en curso en 6 billones de pesos. Esta situación demuestra la necesidad de contemplar un escenario en el cual las circunstancias no permitan al Estado cumplir con sus obligaciones del posconflicto, ya que el tipo de responsabilidad que le generaría tal situación debe ser estudiado.

3.2 Inclusión de desmovilizados al mercado laboral

Frente a este tema de capital humano, se debe considerar que la población relevante para el análisis macroeconómico de países no se equipara a su población total, en la medida en que se debe discriminar a aquellos que pueden contribuir a la economía y excluir a los menores de edad, los pensionados, los laboralmente incapacitados y todos aquellos que física o legalmente no sean económicamente productivos.

El resultado de esto es la Población Económica Total (PET), que, si bien está en capacidad de producir para la economía del país, no todos están en

actitud de hacerlo; motivo por el cual, este grupo se subdivide en la Población Económicamente Inactiva (PEI) y en la Población Económicamente Activa (PEA). Estos últimos son aquellos que no solo están en capacidad de trabajar, sino que además tienen la intención de hacerlo.

Por último, encontramos que este grupo se divide entre los ocupados y los desocupados, en el que los ocupados son la población que desarrolla algún tipo de prestación personal, mientras que los desocupados son aquellos que conforman la población desempleada del país.

Ahora bien, ante la posibilidad de un eventual posconflicto, es necesario considerar el ingreso de aproximadamente diez mil desmovilizados a la población laboral. Por esto, se puede deducir que, en medio de la eventualidad de un posconflicto, aumentaría la población económicamente activa que, sin una debida contraprestación de la demanda laboral, traería aumento de los índices de desempleo.

Por otro lado, esto en la práctica tiene dos repercusiones de suma relevancia. Primero, desde el marco en el cual se está pensando el fin del conflicto armado colombiano, no es sostenible un acuerdo en el cual no se garantice estabilidad económica para los desmovilizados. Y segundo, la incapacidad de autosostenimiento tiene una relación directa con los niveles de pobreza y desigualdad (índice de GINI), que alcanzan mayor percepción en el área rural.

Para hablar en términos económicos, la línea de pobreza es el valor monetario de una canasta de bienes y servicios que suple las necesidades básicas de una persona; por ende, una persona se considera pobre si el ingreso mensual per cápita de su hogar está por debajo de dicha línea.

La pobreza estadísticamente se determina de dos formas: la pobreza monetaria, relativa a los ingresos monetarios y a su posición respecto de la línea de la canasta básica familiar, y la pobreza multidimensional, la cual determina si una persona es pobre de acuerdo a cinco dimensiones sociales: con-

dición educativa, condición de niñez y juventud, trabajo, salud, servicios públicos y condiciones de las viviendas (DANE, 2013).

Por otro lado, el GINI es un coeficiente que mide la desigualdad, generalmente utilizado para determinar la desigualdad de ingresos en los países. Este valor equivale al área entre la curva de Lorenz (distribución relativa de una variable dominante) y la línea de perfecta equidad.

Por esto mismo, el coeficiente de GINI da resultados entre 0 y 1, en cual 0 corresponde a una igualdad perfecta, en la que todos los miembros en medición tienen los mismos ingresos, y 1 corresponde a una desigualdad perfecta, en la cual una persona concentra todos los bienes, mientras que los demás miembros en medición no tienen ninguno (BID, 1999, p. 14.).

Por ejemplo, un país como Suecia, con un sistema económico de poca pobreza, tiene un coeficiente de 0,24; mientras que Comoras, un país que avergüenza internacionalmente por sus niveles de pobreza, tiene un coeficiente GINI estimado de 0,65 (datos del Banco Mundial).

Acorde con el DANE, para el año 2015 el coeficiente GINI de Colombia fue de 0,538, muy lejano de países como Suecia, pero cercano a países como Comoras. Esto permite evidenciar comparativamente la situación de Colombia, que a nivel internacional es económicamente reprochada por sus políticas de distribución de la riqueza (DANE, 2015).

3.3 Estructura productiva

Como estructura productiva podemos entender dos cuestiones. La primera, referente al conjunto de etapas que debe recorrer un bien hasta convertirse en un producto final; segundo, en macroeconomía se entiende como la segmentación de la economía de un país en sus diferentes especialidades y la proporción de cada una dentro del PIB real.

Como ejemplo de esto, se hace referencia a la participación sectorial de la economía colombiana para el año 2015, que evidencia la capacidad sectorial de producción y las dependencias sectoriales para el sostenimiento macroeconómico del país.

Como es de esperar, se muestra fuerte el sector financiero, que durante los últimos años ha evidenciado crecimiento significativo como resultado de la penetración contundente en el mercado de hogares y pequeñas empresas, además de acuerdos y negocios internacionales. Pero, por otro lado, contrario a lo esperado de un país con la diversidad y fertilidad de Colombia, la agricultura solo aporta el 6.9 % del PIB (Banco de La República de Colombia, 2015).



Esto, en relación con lo ya dicho acerca del empleo y la desigualdad en el campo, nos demuestra la imperante necesidad de repensar lo que se está haciendo en el agro nacional, para hacer de este un verdadero sostén económico y social del posconflicto. Ahora bien, las medidas a implementar no pueden reducirse a aumentar el gasto público, ya que, como se explica a continuación, esto es contraproducente para el crecimiento sectorial y nacional.

En macroeconomía, a partir de la fórmula del PIB (producción nacional = inversión privada + consumo privado + gasto público + exportaciones netas), podemos obtener fórmulas que permiten hacer análisis concretos de las diferentes variables que intervienen; en este caso, el gasto público. De esto resulta una de las fórmulas más importantes del estudio económico de los Estados: $G-t = H_p -$

$I_p - X_n$ (gasto público - impuestos = ahorro privado - inversión privada - exportaciones netas).

La anterior fórmula muestra que cuando el gasto público es mayor a los impuestos, se genera déficit fiscal, el cual se debe cubrir con un aumento del ahorro privado (situación preocupante, dado que Colombia un país con poca cultura hacia el ahorro) y, negativamente, con reducción en la inversión y las importaciones.

Entonces, cuando llevamos este panorama de nuevo a la fórmula general del PIB (producción nacional = inversión privada + consumo privado + gasto público + exportaciones netas), tenemos que las medidas anteriores reducen el consumo, la inversión y las exportaciones netas; así, pues, lo único que quedaría para jalonar el crecimiento de la economía es el gasto público pero, como ya se dijo, este genera un déficit fiscal que hace exponencial todos estos efectos.

Todo esto permite tener un criterio adicional a la hora de analizar este tipo de soluciones jurídicas, que se dan al margen de los procesos de paz, en lo que respecta, por ejemplo, a la pensión que obtendrían los desmovilizados de las Farc. Esto demuestra la prudencia que se debe tener a la hora de tomar determinaciones jurídicas que tengan efectos sobre la economía, ya que las posibles mejores salidas a problemas de Derecho, resultan no eficaces en la práctica.

Conclusiones

El actual marco legal en Colombia mantiene vigente la garantía de pensión mínima a desmovilizados, sin que se constituya como régimen especial, hecho que confirma la reciente jurisprudencia que marca el derrotero en este tema.

La importancia de la garantía de las prestaciones sociales y, por supuesto, del tema de reconocimiento de pensiones a las personas que pretenden reincorporarse a la vida civil es tal que se encuen-

tra presente en los diferentes acuerdos de paz a los que se han llegado para poner fin a conflictos.

La garantía de las prestaciones sociales bajo el marco de un acuerdo de paz viene a ser un aval para los firmantes, de tener unas condiciones de vida de manera digna, por lo tanto, son un incentivo para la dejación de las vías violentas y la adecuación a los mecanismos pacíficos.

Si bien es menester otorgar este derecho a quienes firman un acuerdo de paz, hay que buscar mecanismos de financiamiento para la concreción efectiva de la pensión de vejez a los desmovilizados, con el fin de que no afecten el sistema pensional del resto de la población. Lo anterior se menciona en razón de las dos siguientes consideraciones: en primer lugar, porque de esta manera se impediría un desajuste económico tras el ingreso de beneficiarios, que en razón de su actividad ilícita no han aportado al sistema ningún valor; y, en segundo lugar, para evitar un descontento social que lleve al rechazo o exclusión de este grupo de personas, por el que se ha hecho un esfuerzo institucional importante desde muchos frentes con el objetivo de que vuelvan a ser parte de la sociedad civil.

Si bien la situación económica de Colombia es una de las mejores en la región, no exhibe suficiente solidez para afrontar en debida forma un posconflicto como el que se está preparando en La Habana. Por este motivo, es necesario hacer consideraciones de praxis a la hora de acordar todo tipo de vías y disposiciones que carguen al presupuesto nacional.

Lo anterior denota la legalidad y la importancia de la implementación de medidas operantes en el marco de la desmovilización, aun cuando Colombia no tenga actualmente la capacidad económica para solventar la concreción de esta garantía de la pensión de vejez de los desmovilizados, según lo establecido en la Ley 100 de 1993, situación que podría devenir en la incapacidad de cumplimiento de este punto.

Por ello, como estudiantes, pretendemos finalmente hacer un llamado de atención tanto a los órganos de planeación presupuestal del gobierno como a la

población en general, para no llegar al punto de incumplir los acuerdos en la fase de implementación, lo que conllevaría al fracaso del proceso mismo.

Referencias bibliográficas

Banco de la República. Datos económicos y financieros. Cartelera Electrónica de Divulgación de Datos, Consultado en diciembre de 2015. Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/estad/dsbb/fimicolom.htm>

Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (1999). América Latina frente a la desigualdad. Progreso económico y social en América Latina.

Banco de la República. ¿Qué es la deflación? (2013). Recuperado de: <http://www.banrep.gov.co/es/contenidos/page/qu-deflaci-n>

Congreso de la República. Acto legislativo 01 de julio 29 (2005). “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política”. En: *Diario Oficial* 45980 de julio 25. Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de la República. Ley 100 (1993). “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. En: *Diario Oficial* 41148. Bogotá: Imprenta Nacional.

Congreso de la República. Ley 797 de enero 29 (2003). “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. En: *Diario Oficial* 45079. Bogotá: Imprenta Nacional.

Constitución Política. *Gaceta Constitucional* 116 de julio 20. (1991).

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá D.C., de octubre 18. (2012). Radicación número: 11001-03-06-000-2012-00075-00(2121).

Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Acuerdo 138 de agosto 6 (1999). “Por el cual se establece un mecanismo especial de identificación,

selección, afiliación, contratación y subsidio dentro del Régimen Subsidiario del Sistema General de Seguridad Social en Salud para la población desmobilizada del país”. En: *Diario Oficial* 43657. Bogotá: Imprenta Nacional.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2013). Boletín de prensa: “Pobreza monetaria y multidimensional en Colombia 2012”. Recuperado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/boletin_pobreza_2012xx.pdf

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2015). Boletín de técnico: “Pobreza Monetaria y Multidimensional en Colombia 2014”. Recuperado de: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/bol_pobreza_14_.pdf

Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional. (1992). Acuerdos de Paz de Chapultepec. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1575/23.pdf>

Gobierno de Guatemala, Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y Naciones Unidas: Acuerdo de Paz firme y duradera Guatemala, de diciembre 29. (1996). Recuperado de: <http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20de%20Paz%20Firme%20y%20Duradera.pdf>

Jonas, Susanne. (2000). “Democratization through Peace: The Difficult Case of Guatemala”. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*. Vol. 42, n.º 4. 10.

Mendoza, Rafael. “Transfieren fondos para pensiones a veteranos”. (2015). *El Salvador.com*. Recuperado de: <http://www.elsalvador.com/articulo/nacional/transfieren-fondos-para-pensiones-veteranos-89348>

Orgambides, Fernando. “El Salvador recupera la paz tras 12 años de guerra”. (1992). *El País*. Recuperado de: http://elpais.com/diario/1992/01/17/internacional/695602812_850215.html



Organización de las Naciones Unidas (ONU). (2002). Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución "La situación en Centroamérica: procedimientos para establecer la paz firme y duradera, y progresos para la configuración de una región de paz, libertad, democracia y desarrollo". Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2313.pdf?view=1>

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección 2 - Sub B, septiembre 18. (2014). Radicado 201300545 00.

Ungo M., Guillermo. (1984). "Causas y perspectivas de la guerra civil en El Salvador". Revista Mexicana de Sociología. Vol. 46. N.º 3 (143).



Entrevista



Entrevista a Juan Camilo Rojas Arias* con motivo de los 25 años de la Constitución Política de Colombia

Para conmemorar los 25 años de la Constitución Política de Colombia (cumplidos en el mes de julio de 2016), hemos querido entrevistar a un abogado de La Sabana que, aunque no es constitucionalista, tiene experiencia en importantes cargos en el sector público del país.

Revista Dissertum (RD): Muchas gracias doctor Rojas por aceptar nuestra invitación.

Juan Camilo Rojas Arias (JCRA): Siempre es un placer colaborar con la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana.

(RD): Como bien se sabe, las Constituciones surgen en el marco de acontecimientos históricos que son relevantes en una sociedad. En el caso colombiano, entre otros hechos se especula que la Constitución vigente nace como tratado de paz con la desmovilización de grupos al margen de la

ley (M-19), o que surgió como garantía para la independencia del poder judicial; por tanto ¿cuáles cree que fueron aquellos hechos 25 años atrás, que hicieron que cobrara vida la Constitución de 1991? ¿Considera usted que fueron hechos políticos violentos los que provocaron su nacimiento?

(JCRA): Hablar de nuestra Constitución o en general de las Constituciones, necesariamente no puede ser un asunto de una sola dimensión. Recordemos que el término Constitución, así como sus fuentes, es un concepto amplísimo y se deben aceptar y recoger todas, dado el corte garantista

* Abogado de la Universidad de La Sabana, con Especialización en Derecho Comercial de la misma Universidad, Maestría en Análisis Económico del Derecho y Políticas Públicas en la Universidad de Salamanca (España), Maestría en Derecho Internacional en el Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE) en España y candidato a Doctor (PHD) por la Universidad de Salamanca (España) en Análisis Económico del Derecho, Derecho Económico y Políticas Públicas. Ha sido Director Jurídico de Negocios Especiales de la Fiduciaria de Comercio Exterior FIDUCOLDEX, Asesor de la Dirección de Crédito Público y de Tesoro del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Asesor de la Dirección de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Actualmente es Asesor de la Secretaría General del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Tiene varias publicaciones en libros y revistas y en columnas de opinión, entre otras: "Análisis pragmático y jurídico sobre la aplicación provisional de tratados en el derecho colombiano", "Sistema financiero, un análisis del mercado desde la perspectiva del derecho económico", "La nueva economía a la colombiana, la propuesta que presenta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público". Correo electrónico: camilor99@hotmail.com

de las actuales. En este sentido, resalto que, en su concepto filosófico, político y jurídico más puro, la Constitución es el medio racional de orden jurídico en el cual se recoge la sustancia de la existencia de los pueblos, de forma que su existencia es un puente entre todas las dimensiones sociales humanas existentes de orden y de tradición, conectadas por la realidad política, jurídica, sociológica, antropológica y económica.

Conforme con lo anterior, considero que la construcción de la Constitución de 1991 es más que una respuesta a una realidad violenta -sin desconocer que este hecho fue el clivaje que movilizó al pueblo para este fin-. A mi juicio, fue un mecanismo jurídico en el cual se conjugó la respuesta a los 3 ejes fundamentales que motivaron la movilización conjunta del constituyente primario, a saber:

1. Crisis humanista: Para este momento, en Colombia el monopolio del poder bajo las fuerzas públicas estaba desdibujado, a raíz de un descontrol generalizado de la violencia dado un crecimiento exponencial de grupos y de ideologías al margen de la ley; tales como el recrudecimiento de la guerra entre la guerrilla y los grupos paramilitares, así como del narcotráfico y de la corrupción;
2. Crisis política: Derivada de un lastimosa tradición de violencia política, por una parte de un régimen político restrictivo propiciado desde el Frente Nacional, realidad que negó la esencia de la democracia, no permitiendo una fluida participación política de otras fuerzas distintas a las del bipartidismo; y por otra, derivada de una ausencia de legitimidad de las instituciones y de los gobernantes y finalmente, la sistemática violación de los derechos humanos entre los principales actores del conflicto colombiano.
3. Nueva visión económica y derrumbamiento de fronteras: El cierre de la década del 80 en términos económicos, se estaba inscribiendo en un nuevo modelo económico de apertura

al mundo y no intervención bajo la lógica de mercado. El término globalización cobraba una fuerza inusitada, de forma que para hacer frente a esta nueva realidad se requería de variadas modificaciones expresadas fundamentalmente en la apertura económica y la exaltación de los agentes económicos privados en la economía y en el funcionamiento de la realidad.

De la suma de los ejes descritos brevemente, se configuró desde una de las concepciones políticas más importantes de nuestra historia, una Constitución muy extensa, que se caracteriza por tener un corte muy garantista, al consagrar una extensa lista de derechos, amplios mecanismos de protección y de participación, fruto como ya se dijo, de la interconexión de diversas esferas de la realidad colombiana.

RD: A raíz de la aprobación de la nueva Constitución, se han implementado una serie de acciones que han servido para la garantía de derechos; pero queremos referirnos especialmente a una, por ser esta el blanco de críticas durante los últimos 25 años. Se dice entre otras cosas de la acción de tutela, que “ha sido la salida práctica para aquello que no nos guste, o se nos venga a imponer”; por tanto, cualquier hecho que limite o dificulte el desarrollo de un principio constitucional -aunque este no contemple un peligro inminente para la persona-, estaría atacando seriamente al Estado Social de Derecho. ¿Cuál cree que es la razón de ser de la creación de la acción de tutela y la prioridad que esta debe tener como garantía de derechos fundamentales? ¿se justifica que hechos que afecten un principio constitucional que objetivamente no representen un riesgo para la persona -como podría ser el libre desarrollo de personalidad- se amparen con el mismo medio y eficacia que una situación que sí represente “el riesgo” para una persona -que se atente contra la vida, por ejemplo-?

JCRA: Antes de responder considero necesario hacer un énfasis en la dificultad que supone el actuar público, dada la complejidad que reviste el ser

humano. No olvidemos que, por nuestros sesgos cognitivos, nuestras finalidades y prejuicios, es que damos forma a nuestra realidad, con lo cual, de la aplicación de una política pública -como lo fue en su momento el establecimiento de los mecanismos de protección consagrados en la Constitución de 1991- no se puede esperar una aceptación y/o aplicación uniforme; de forma que, del mal uso de los instrumentos, no se debe predicar una mala existencia de los mismos. Por ejemplo, si se establece una política pública de subsidios para las personas menos favorecidas, pero en la práctica solo se beneficiaron de esa política las personas más favorecidas, no podemos satanizar la figura. Lo que debemos como sociedad es reformularla para que obtengamos los beneficios de su creación. Algo así, en mi concepto, sucede con la tutela; es algo parecido a la paradoja de Epicuro¹.

En mi concepto, la acción de tutela como se estructuró en la Constitución del 91, es el resultado de un aprendizaje continuado en el tiempo, toda vez que en Constituciones anteriores, como la de Tunja de 1811 (artículo 15), ya obraban mecanismos garantistas de corte similar al de tutela de la Constitución del 91. De esta forma, la estructuración de la tutela como hoy la conocemos es en sí, una acción, no un recurso, mediante el cual se buscó evitar el legalismo extremo de la razón exegética; la tutela como acción continuada en el tiempo es en suma, un mecanismo que materializa la justicia entre las relaciones de los colombianos, entre nosotros mismos y con el Estado.

Ahora bien, en lo relativo a la priorización en cuanto a la salvaguarda de los derechos fundamentales, considero oportuno resaltar que no debemos analizar a la tutela de una forma sectaria y sesgada. Recordemos que la jurisprudencia constitucional colombiana ha hecho énfasis en que la Constitución Política de 1991 rige como un todo sistémico y armónico en el que ninguna sección

ostenta una primacía formal sobre otra; un derecho fundamental, sin importar cuál, debe gozar de mecanismos de justiciabilidad ordinarios y preferiblemente también reforzados -como la acción de tutela-. No obstante, tal determinación y entendimiento de primacía de uno sobre otro, se debe realizar bajo un estricto juicio de ponderación ajustado a cada caso y no como una regla inflexible racional aplicada sin consultar la realidad.

En cuanto a la prioridad de la tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales, su entendimiento es inevitable en la medida que es la concepción constitucional determinada para este fin. Al igual que en el artículo 88 se prevé la acción popular como un mecanismo reforzado de protección de derechos colectivos con finalidades cautelares y reparatorias, la acción de cumplimiento (artículo 87), y la acción de clase o grupo (artículo 88) entre otros.

Finalmente, considero importante exaltar que en la protección de derechos fundamentales la Constitución no establece un sistema de prioridades o excepciones absolutas entre estos principios. Es más, a mi juicio, y en virtud de la voluntad del constituyente, podría decirse que todos gozan de la misma e inconstitucional protección y que, por consiguiente, ninguna puede prevalecer a juicio perpetuo por encima de otro. Empero, en mi criterio, la aplicación del derecho siempre debe observar la realidad y aplicarse con justicia y ponderación; la radicalización de posturas y/o criterios no lleva a nada bueno.

RD: La Constitución como consecuencia ha dejado una transformación completa para todo el ordenamiento colombiano. Queremos saber cuáles considera usted que han sido los cambios más importantes para Colombia tras la expedición de la Constitución de 1991 y si estos han tenido una incidencia positiva o negativa para los colombianos en los últimos 25 años.

1. Paradoja de Epicuro: "O Dios quiere evitar el mal y no puede; o Dios puede y no quiere; o Dios no quiere y no puede; o Dios puede y quiere"

JCRA: Indudablemente es innegable que la Constitución de 1991 partió nuestra concepción de la realidad política y jurídica en 2, por lo siguiente:

- El establecimiento de la libertad de cultos y el reconocimiento de las minorías étnicas y de la equidad de género.
- Erigir un catálogo de derechos fundamentales, así como los mecanismos para su proyección y protección en el tiempo -vale decir como la acción de tutela-, herramientas que materializan en muchas ocasiones el espíritu del Estado Social de Derecho.
- Los estados de excepción.
- La asunción como responsabilidad del Estado, la prestación de la salud.
- La creación de instituciones vitales tales como (i) La defensoría del Pueblo, (ii) La Fiscalía General de la Nación, (iii) La Corte Constitucional.
- La autonomía del Banco de la República.
- La descentralización.
- El régimen de regalías.
- La expropiación con indemnización.

Lo anterior, en mi entender, ha ayudado a estructurarnos mejor como sociedad y como sistema jurídico político-económico reconocido, en el entendido que si bien, en muchas ocasiones estos cambios o el mismo texto constitucional solo resulta entendible como un discurso de mera dialéctica, fastuoso pero inútil dada su baja aplicación en la realidad, cierto es que tenerlo estipulado, en la más alta dignidad política y jurídica de nuestro Estado, es el primer paso y semilla para ser mejores como seres humanos y como colombianos.

RD: La Constitución Política realizó reformas en muchos ámbitos, entre ellos el económico y el comercial. ¿Cuáles considera que han sido los beneficios, logros y retrocesos que la Constitución de

1991 plasmó? ¿cuáles de estos se han visto reflejados en la realidad?

JCRA: En mi criterio, los principales aspectos que introdujo la Constitución de 1991 en las áreas económica y comercial, son: (i) La apertura económica, (ii) La libertad de empresa y de propiedad con responsabilidades, (iii) La independencia del Banco de la República, (iv) El régimen de regalías y (v) El criterio de sostenibilidad fiscal -este último, de inclusión de los últimos años-.

Todas estas medidas han tenido logros, han redundado en beneficio social y a su vez también han afectado negativamente a determinados sectores del país. Por ejemplo, la constatación inmediata de la apertura económica la encontramos en la nutrida red de tratados de libre comercio, acuerdos internacionales de inversión, acuerdos multilaterales de comercio internacional entre otros, con que cuenta hoy en día el Estado Colombiano. Este asunto tiene tantas posiciones a favor como en contra; cierto es que en los mercados se pueden observar tanto los efectos positivos de la apertura, evidenciándose en el incremento en los niveles de inversión extranjera, la transferencia de precios competitivos a los consumidores vía las importaciones, la facilidad de mover capitales al exterior, el incremento de la competencia en los mercados. Los negativos: los déficits en la balanza comercial, la afectación a la industria nacional, entre otros. Algo similar pasa con la libertad económica y de empresa en los mercados; existen posturas a favor y en contra que al final, terminan por representar un caso parecido al de la apertura económica.

En cuanto al sistema de regalías y a la sostenibilidad fiscal, considero que al igual que con los 2 ejemplos anteriores, es posible manifestar sobre los mismos, efectos tanto positivos como negativos. Al final de cuentas, en mi visión, no se trata de herramientas e instrumentos, pero sí de personas, toda vez que la estipulación de estas medidas, solo pueden preciarse en su máxima dimensión y utilidad social si así lo queremos y trabajamos en ello. Sin embargo, respecto del sistema de rega-



lías se puede predicar equidad y respecto de la sostenibilidad fiscal. Solo me gustaría aclarar que en mi concepción no se debe valorar como un instrumento para imponer límites al gasto social en materia de derechos fundamentales económicos, sociales y culturales. La sostenibilidad fiscal no es

un óbice sino una garantía real para la efectividad de los citados derechos.

RD: Muchas gracias por sus apreciaciones y por su colaboración y disposición para esta entrevista.

JCRA: Con mucho gusto.





Universidad de
La Sabana