

# dos mil tres mil



Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
1995 - 2015

dos mil  
tres mil

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
2015



340

R454 Revista dos mil tres mil / Universidad de Ibagué. Facultad de derecho  
y Ciencias Políticas. Ibagué: Universidad de Ibagué, 2015.  
Vol. 4 no. 17.

ISSN 0123-3408

Descriptores: Derecho-Colombia

Revista dos mil tres mil  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Ibagué  
Noviembre de 2015  
Volumen IV, Año 18, No 17

Presidente  
Eduardo Aldana Valdés

Rector  
Alfonso Reyes Alvarado

Decano  
Omar Albeiro Mejía Patiño

Coordinadora Académica  
Constanza Vargas Sanmiguel

© Universidad de Ibagué, 2015

© Daniel Arturo Montero Zendejas, Jhon Jairo Peña Ocampo, Juan Manuel Rodríguez Acevedo,  
María Alejandra Rengifo Villamil, Ángela Gabriela Valencia Valderrama, Oscar Barrero Leal,  
Mónica Marcela Cárdenas Álvarez, Cristhian Ricardo Abello Zapata, Kelly Castaño-Ortiz,  
Augusto José Ibáñez Guzmán, Omar Albeiro Mejía Patiño, 2015

Ilustración de portada: Ilustración tomada de: <http://img.irtve.es/imagenes/dibujo-del-juicio-contra-omar-khadr-realizado-guantanamo/1281406736561.jpg>

Diseño, diagramación e impresión

León Gráficas Ltda., PBX 2630088, Ibagué

Dirección editorial: Oficina de Publicaciones  
ediciones.unibague.edu.co

Universidad de Ibagué, Carrera 22, Calle 67

Barrio Ambalá, Ibagué, Colombia

Tel (57-8) 2709400. [www.unibague.edu.co](http://www.unibague.edu.co)

[publicaciones@unibague.edu.co](mailto:publicaciones@unibague.edu.co)

# Contenido

Presentación .....	5
--------------------	---

## **DOCTRINA**

Los retos del Estado global.La democracia sin rostro. Un encuentro con la justicia.....	11
--	----

Daniel Arturo Montero Zendejas

XXY y la sexualidad como atributo de la personalidad.....	33
---	----

Jhon Jairo Peña Ocampo, Juan Manuel Rodríguez Acevedo

El secreto profesional en Colombia, regulación y sanciones por su revelación .....	45
---	----

Juan Manuel Barrero Arbeláez, Diego López Cuesta

Precisiones acerca del criterio de sostenibilidad fiscal: Lo que va de lo semántico a lo jurídico .....	67
--	----

María Alejandra Rengifo Villamil, Ángela Gabriela Valencia Valderrama

Cuba and the United States: An Overview of the Embargo Analyzed Under the Current World Trade Organization Law.....	87
--	----

Oscar Barrero Leal

## **JURISPRUDENCIA**

Concepto técnico-numeral 5 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.....	93
--	----

## **VENTANA AL EGRESADO**

Plagio y sanción .....	107
------------------------	-----

Kelly Castaño-Ortiz

## **EVENTOS DE LA FACULTAD**

Presentación del libro: Caminos de convivencia. Conformación del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos..... 113

Augusto José Ibáñez Guzmán

Presentación del libro: La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: Especial referencia al delito de omisión de control..... 117

Omar Albeiro Mejía Patiño

## **ANEXO**

Sentencia C-931/14..... 121

## Presentación

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué presenta la edición N° 17 de su Revista 2000-3000 correspondiente al año 2015, con el orgullo académico que implica contar con esta publicación a lo largo de numerosos años, como un mecanismo abierto e imparcial de expresión de diversos miembros de nuestra comunidad jurídica. En este contexto, ellos han decidido participar desinteresadamente en el desarrollo de este proyecto de formación y enriquecimiento académico, en una búsqueda sincronizada de la calidad. A través de muestras como estas, permiten reconocer no solo la excelencia de nuestros docentes y de quienes han aportado como expertos en un área del Derecho, sino de la buena semilla y el fructífero terreno en el que hemos plantado como educadores, profesionales del Derecho y en especial, como seres humanos deseosos de una formación integral.

Este ha sido un año especial para la Revista: Con el propósito de reorganizar el ejercicio académico administrativo que se adelanta en torno a esta publicación anual de nuestra Facultad, siendo coherentes con los propósitos institucionales de Acreditación de Alta Calidad, proceso al que acabamos de presentarnos como institución educativa, de forma voluntaria, la Decanatura que orientaba en su momento la doctora Olga Lucía Troncoso Estrada decidió reformular el Comité Editorial de la Revista 2000-3000, el que mediante la Resolución N° 48 de 2015 se constituyó con carácter permanente y se le adjudicó el deber específico de buscar la permanencia de esta publicación bajo los ya reconocidos estándares de calidad que le han caracterizado, comprendiendo que la misma ha sido estandarte de esta Facultad en cuanto a producción académica en nuestro contexto de región.

El Comité Editorial ahora cuenta con la participación permanente de los siguientes miembros: El director del programa de Derecho, el director del grupo de investigación en Derecho, un profesor del área de Derecho Público, un docente del área de Derecho Privado y un coordinador académico. A partir de

las sesiones del Comité que se han desarrollado en el transcurso de 2015, se ha propuesto una nueva estructura organizacional para nuestra Revista, la cual puede verse reflejada en la presente edición.

Una primera parte corresponde a los artículos presentados y aprobados para su publicación, elaborados por docentes e investigadores locales, nacionales e internacionales, que se encuentra bajo el título *Doctrina*; la segunda sección corresponde a la denominada *Jurisprudencia*, en la que pueden encontrarse aportes de los docentes, algunas veces en colaboración con estudiantes, referidos a la elaboración de conceptos de constitucionalidad dirigidos a las altas cortes, o bien el análisis de algunas providencias de las mismas corporaciones. Una tercera parte, se designa con el nombre *Ventana al egresado*, con el ánimo de incentivar la participación de este importante segmento de nuestra comunidad académica, para afianzar sus competencias investigativas y apoyar su producción intelectual desde nuestra Facultad. Finalmente, el Comité ha considerado importante dedicar un espacio a la sección que se encontrará bajo el nombre *Eventos de la Facultad*, con la intención de ir construyendo una memoria histórica de los diversos eventos académicos en los que se realizan lanzamientos de producciones intelectuales de nuestros docentes, exaltaciones meritorias por desempeños en áreas investigativas, premios y designaciones honrosas para la academia y, en general, aquellas actividades que aportan a nuestro crecimiento como Facultad.

Esta decimoséptima edición de la Revista 2000-3000 tiene la fortuna de contar en su sección de *Doctrina*, con el análisis que de forma magistral realiza el reconocido profesor mexicano, Daniel Montero Zendejas, en torno al desarrollo de los últimos procesos electorales en su país, con su artículo denominado: *Los retos del Estado global: La democracia sin rostro. Un encuentro con la justicia*. En este, el lector encontrará una mirada desde la consolidación del concepto de Estado, para discurrir en los retos del Estado moderno al tomar como base el caso mexicano y los procesos posiblemente permeados de corrupción en el manejo de recursos electorales que permiten, entre otros, el blanqueo de activos. A continuación, el lector hallará otro interesante artículo elaborado por los profesores Juan Manuel Rodríguez Acevedo y Jhon Jairo Peña Ocampo, quienes toman como objeto de estudio la producción cinematográfica *XXY*, de origen argentino. En este texto realizan un concienzudo análisis del fenómeno de la intersexualidad a partir del concepto de persona frente a la sexualidad, la identidad sexual como atributo de la misma, cómo ha sido explicado por la ciencia el fenómeno de la indefinición sexual y cómo puede ser visto desde los

planteamientos de la jurisprudencia. Así mismo, contamos con el respetable aporte del profesor Oscar Leonardo Barrero Leal, quien entrega a los lectores un primer avance de su producción intelectual en desarrollo, respecto al tema del embargo que ha impuesto unilateralmente Estados Unidos a Cuba por más de cincuenta años, abordado desde una mirada de las regulaciones de la Organización Mundial del Comercio, que se encuentra bajo el título: *Cuba and the United States: An overview of the embargo analyzed under the current World Trade Organization Law*; siendo este el primer artículo publicado en nuestra Revista en idioma inglés, el cual se constituye como reflejo del compromiso de nuestra Facultad en el desarrollo de competencias en una segunda lengua, con el propósito de despertar en la comunidad académica no solo el interés en el tema juiciosamente estudiado, sino en la importancia de encontrarse a tono con las exigencias del entorno global.

En esta sección de nuestra Revista, se ha ubicado además la producción intelectual entregada por dos de nuestros más reconocidos egresados del programa de Derecho, abogados y estudiantes de maestría, quienes se encuentran actualmente vinculados a la Facultad como docentes en formación: Juan Manuel Barrero Arbeláez y María Alejandra Rengifo Villamil. Como podrá evidenciarlo el lector, sus aportes a la comunidad académica nos llenan de orgullo y son muestra no solo de su excelente formación como profesionales del Derecho, sino de su espíritu investigativo y deseo de avanzar en el camino de la academia con estándares muy altos de calidad. El primer artículo se titula: *El secreto profesional en Colombia, regulación y sanciones por su revelación*, de autoría del profesor Juan Manuel Barrero Arbeláez y de Diego López Cuesta, quien también es abogado egresado de nuestra Facultad. Este análisis en torno a un tema poco desarrollado en nuestro país, nos recuerda en qué consiste el llamado secreto profesional, abordado con una mirada desde diversas disciplinas en las que se aplica, para luego descender en su estudio a partir de la labor del abogado visto desde la legislación y jurisprudencia vigentes. Sin duda, este se constituye en un importante punto de partida para identificar el marco teórico de la cuestión y para el adelantamiento de investigaciones y propuestas a mediano plazo, sumamente importantes en el ejercicio de profesiones como la del jurista, que se enfrenta a dilemas éticos que pueden verse reflejados en sanciones de naturaleza disciplinaria. El segundo artículo recibe el título: *Precisiones acerca del criterio de sostenibilidad fiscal: Lo que va de lo semántico a lo jurídico*, autoría de la profesora María Alejandra Rengifo Villamil en compañía de Ángela Gabriela Valencia Valderrama, también abogada egresada



de nuestra Facultad. Este texto deriva de la monografía de las mismas autoras, titulada: *Justificación de la aplicación del incidente de impacto fiscal sobre las sentencias de las altas cortes*, el cual se constituyó en su trabajo de grado para optar al título de abogadas en esta Universidad. En todo caso, es plausible el ordenado desarrollo del tema y la claridad conceptual con la que se manejan asuntos de esencia inicialmente económica, como la sostenibilidad fiscal. Sin ápice de duda, logran explicar con maestría la diferencia entre ver este precepto como principio o como derecho, al acudir especialmente a las enseñanzas del profesor Robert Alexy. Este texto se convierte en un aporte muy valioso para la comunidad académica, que se verá avocada a una interpretación posiblemente diversa de aquello que hasta ahora se ha asumido como un postulado en contravía del cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

A continuación, en la sección de nuestra Revista denominada *Jurisprudencia*, el lector encontrará el concepto elaborado en julio de 2014, dirigido a la Corte Constitucional a partir de la demanda de inconstitucionalidad presentada por un ciudadano y que involucraba el numeral 5 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto a sus consideraciones de inconstitucional de la expresión acto inmoral de la misma. Al tener como origen la invitación de la Corte Constitucional para participar como Universidad, la profesora Mónica Marcela Cárdenas, asesora del área de Derecho Laboral de nuestro Consultorio Jurídico, con la colaboración de quien fungiera para la época como su monitor judicante, el abogado Crithian Ricardo Abello Zapata, conceptuaron sobre las interpretaciones del demandante y sus consideraciones en torno a la norma demandada, cargo a cargo. Para ello, formularon una postura cimentada en las diferencias entre la moral social o pública y aquella personal o individual, al acudir a los planteamientos desde la doctrina y jurisprudencia, los cuales les permitieron apoyar la exequibilidad de la norma demandada. Al someterse a estudio de la Corte para decidir los argumentos presentados por la profesora y su judicante en el concepto referenciado, fueron acogidos por la Alta Corporación. Esto puede verse reflejado en la Sentencia C-931 de 3 de diciembre de 2014, mediante la cual la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la norma demandada; providencia que también se anexa al concepto citado en esta Revista.

En la sección de nuestra Revista definida como *Ventana al egresado*, se incluye en esta edición la participación de la abogada Kelly Castaño Ortiz, quien ha querido iniciar en el campo de la escritura académica con el aporte en torno al tema de *Plagio y sanción*, asunto fundamental en el área de los

procesos de aprendizaje, especialmente de nuestros estudiantes, que requieren afianzar la convicción del respeto por la producción intelectual de terceros, al acudir al sistema de citas y así mismo, reconocer los efectos jurídicos del reprochable comportamiento de plagio. No hay duda de la pertinencia del tema y lo vigente de sus planteamientos.

Finalmente, la última sección de esta publicación denominada *Eventos de la Facultad*, incluye en esta oportunidad la presentación de dos libros: El primero de ellos titulado: *Caminos de convivencia. Conformación del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos*, escrito por el profesor de Derecho Penal, Jorge Augusto Lozano Delgado, como la concreción física de su tesis de maestría en Derecho Penal Internacional ante la Universidad de Andalucía, España. En este, contó con la presentación del respetado exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, Augusto José Ibáñez Guzmán, quien además de honrarnos con su presencia, tuvo la cortesía de permitirnos sus palabras, las cuales se reflejan fielmente en el escrito que hoy se entrega a los lectores. El segundo libro se titula: *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: Especial referencia al delito de omisión de control*, de autoría del profesor de Derecho Penal, Hernando Antonio Hernández Quintero, quien obtuvo la distinción como Doctor en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Este texto corresponde a la publicación de su tesis doctoral. La presentación de su libro le correspondió al también doctor en Derecho Penal, Omar Albeiro Mejía Patiño, quien amablemente participó del evento público de exaltación al profesor Hernández, y además nos honró con sus palabras de presentación del libro en mención, como expresión no solo del profundo respeto académico hacia el autor, sino del infinito aprecio que como comunidad académica le profesamos a tan querido ser humano.

De esta manera, entregamos a los lectores esta decimoséptima edición de este bastión de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Nuestra Revista 2000-3000, expresión de pluralismo, libertad y esfuerzo académico.

Constanza Vargas Sanmiguel  
Coordinadora Académica  
Revista 2000-3000



## Los retos del Estado global. La democracia sin rostro. Un encuentro con la justicia

Daniel Arturo Montero Zendejas\*

**Resumen.** El presente artículo pretende describir los retos de una sociedad en riesgo, heredada por principios de gobernanza y un sin fin de categorías históricas que han contribuido a la construcción de sus paradigmas; simultáneamente, inmersa en un Estado global fracturado, con desafíos que ponen a prueba la fortaleza de su origen que contrasta con el libre mercado y una economía multinacional que flagela su soberanía y elementos tradicionales. Una sociedad expuesta a procesos de legitimación, en la que la democracia es una forma de gobierno edificada por ciudadanos sin rostro, en el que el binomio partido-ciudadano opera como una maquinaria electoral, que una vez agotada en el sufragio de una elección, devuelve al ciudadano a su origen para verse como un solo elector, una estadística más en el manejo de las cifras gubernamentales, bajo los signos de una cultura de violencia y apología del miedo.

En este orden de ideas, se presenta una síntesis de la definición, origen del Estado, capítulos de la alternancia en el Estado mexicano, reforma penal de 2008, como una panacea del debido proceso y del respeto a los derechos humanos. Retos en la Ciencia Penal y en una de sus expresiones más sentidas, el penitenciarismo.

---

\* Doctor en Derecho egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Cursos de Derecho Comparado en la Universidad de Georgetown University Washington D. C., USA. Especialista en áreas de Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Internacional, Derecho Penitenciario, Teoría del Estado y Ciencia Política. Profesor Investigador de Tiempo Completo Titular "C" en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Con estancia sabática y posdoctoral en la República Oriental del Uruguay en la Universidad Católica Dámaso Antonio Larrañaga, y en la Universidad de la República. Correo electrónico: damoz7777@yahoo.com.mx

En esa construcción de Estado que corresponde a este milenio aparece el Derecho Penal Económico desde la perspectiva no solo punitiva, sino metodológicamente aplicada con la herramienta de la teoría económica, la cual es analizada como una muestra del desfasamiento del Estado mexicano por atender este tema y adoptar solamente una estrategia mediática, que logró confrontar a una parte de la sociedad mexicana de nuestros días en una guerra entre connacionales, equiparable a crímenes de lesa humanidad.

La democracia sin rostro es el síntoma de las democracias del inicio de milenio, en las que la justicia es la sombra, que alguna vez sentenciara Jean Paul Marat, en París (1787).

**Palabras claves:** Estado, democracia, partidos políticos, delincuencia organizada, lavado de dinero y justicia.

## **1. Origen y consolidación del Estado. Una mirada cognoscitiva**

Es indudable que para los estudiosos de la Teoría del Estado, formas y sistemas de gobierno, redes sociales, medios de comunicación, partidos políticos, entre otros apogemas del mundo globalizado en que vivimos, la historia del Estado ha cambiado. Como diría el poeta: "...los de antes ya no somos los mismos..." (Neruda, 1974, p.149). "La desaparición del Estado es una constante de nuestro tiempo. Así sucedió con la Monarquía, la República, el Estado nación, de bienestar y propietario; por citar algunos casos de éste, en el transcurso de la historia y de las ideas políticas que han construido las grandes epopeyas de nuestro devenir" (Montero, 1999, p.77).

"Los modernos príncipes" (Gramsci, 1979, p.142) también sufrieron los efectos de la arena política del inicio de milenio, desde Ostrogorsky hasta Michels, Duverger, Burdeau, Sartori o los teóricos ya clásicos de la ciencia política, nunca previeron las transformaciones que en el mundo del siglo XXI nos envolverían en la cosmovisión del poder y las máquinas de legitimación de los denominados partidos políticos.

En el Estado se inicia y desarrolla la teoría del poder, que SunTzu, Maquiavelo, Sorel hasta Foucault, Luhmann y otros muchos filósofos, historiadores, politólogos, le han atribuido, y cuyas características al igual que las definiciones han sido conformes a su tiempo y gobierno. Conceptos que la ciencia moderna le asigna, pero que es fundamental revisar para entender el papel del Estado en las sociedades primitivas y evolucionadas, pacíficas y violentas; totalitarias y democráticas; empero, continúa siendo una hechura del hombre para el hombre.

En este orden de ideas, con una de esas definiciones que le atribuyen a su origen, construyó la aldea legal suficientemente punitiva para albergar en torno a él un sin fin de interpretaciones, hipótesis y teorías, que lo ubican en el vértice los istmos políticos contemporáneos, bajo el supuesto fundamental que fue el monopolio del poder, hoy simplemente un mediador en el ejercicio de este.

Así, el estudio y análisis del concepto Estado desde el punto de vista enunciativo mas no limitativo, lo podemos entender como la organización política en la cual se desenvuelve el ser humano en la búsqueda del bien común, al encontrar también su origen y contradicción, pues para algunos teóricos el bien común es propio de una época y de una característica peculiar del Estado, que si lo confrontamos con Gropalli o Engels lo ubicaremos en otro tenor distinto al del Weber con el monopolio de la violencia. Bajo este panorama, José Ortega y Gasset, considera que:

El Estado no es una forma de sociedad que el hombre se encuentre dada y en regalo, sino que necesita fraguarla penosamente. No es como la horda o la tribu y demás sociedades fundadas en la consanguinidad, que la naturaleza se encarga de hacer. Al contrario, el Estado comienza cuando el hombre trata de evadirse de la sociedad nativa dentro de la cual la sangre lo ha inscrito. [De igual manera, afirma] Originariamente el Estado consiste en la mezcla de sangre y de lenguas. Si observamos la situación histórica que precede inmediatamente al nacimiento de un Estado, encontraremos siempre el siguiente esquema: Varias colectividades pequeñas cuya estructura social de cada una sirve solo para una convivencia interna. Esto indica que en el pasado vivieron efectivamente aisladas, cada una por sí y para sí, sin más que contactos excepcionales para las limítrofes. Pero a este aislamiento efectivo ha sucedido de hecho una convivencia externa, sobre todo económica. El individuo de cada colectividad no vive ya solo de esta, sino que parte de su vida está trabada con individuos de otras colectividades con los cuales comercia mercantil e intelectualmente. En esta situación, el principio estatal es el movimiento que lleva a aniquilar las formas sociales de convivencia interna, sustituyéndolas por una forma social adecuada a la nueva convivencia externa (Ortega y Gasset, 1990, p.252-253).

Con esta cita podemos visualizar que es justamente la necesidad de regular las relaciones personales entre diversos grupos sociales, la que lleva a la creación de nuevos sistemas de coexistencias, en los que ahora este obedecerá a un carácter externo; toda vez que el ser humano se enfrentó a otras formas de organización social de grupos diversos al suyo, los que en su formación interna denotaban diferencias unos de otros:

El Estado es siempre, cualquiera que sea su forma (primitiva, antigua, medieval o moderna) la invitación (o la imposición) que un grupo de hombres hace a otros grupos humanos para ejecutar juntos una empresa. Esta empresa, cualesquiera sean sus trámites intermediarios, consiste a la postre en organizar un cierto tipo de vida. Las diferentes clases de Estado nacen de las otras maneras según las cuales el grupo empresario establezca la colaboración con los otros. Así, el Estado antiguo no acierta nunca a fundirse con los otros. Pero los nuevos traen otra interpretación del Estado. Si el Estado es un proyecto de empresa común, su realidad es puramente dinámica: Un hacer, la comunidad en la actuación. No es la comunidad anterior, tradicional o inmemorial, la que proporciona título para la convivencia política, sino la comunidad futura en el efectivo hacer. No lo que fuimos ayer, sino lo que vamos a hacer mañana juntos nos reúne en Estado. De aquí la facilidad con que la unidad política brinca en Occidente sobre todos los límites que aprisionaron al Estado antiguo (Ortega y Gasset, 1990, p. 254-255).

Bajo este panorama, no podemos omitir el inicio de la teoría de representación política, en la que el hombre cede parte de su libertad individual para congregarse en grupo y más tarde en sociedad; algo similar a aquello que vivimos con la también Teoría de la Gobernanza, y que solo puede darse de manera cualitativa como expresión de su vigencia en la Unión Europea.

## **2. Concepto de la acepción de Estado**

Aurora Arnáiz Amigo (1981), compañera y profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en su obra destaca los pioneros que acuñaron este vocablo:

1. Cicerón: Es una multitud de hombres ligados por la comunidad del derecho y de la utilidad.
2. San Agustín: Es una reunión de hombres dotados de razón y enlazados en virtud de la común participación de las cosas que aman.
3. Savigny: Es la representación material de un pueblo.
4. Kant: Es una variedad de hombres bajo leyes jurídicas.
5. Oppenheimer: Es la institución social impuesta por el grupo victorioso al derrotado, con el propósito de regular su dominio y de agruparse contra la rebelión interna y los ataques del exterior.
6. Definición histórica: Estado es la forma política suprema de un pueblo.
7. Hegel: El Estado es la conciencia de un pueblo.
8. Grocio: La asociación perfecta de hombres libres unidos para gozar de sus derechos y para la utilidad común. Es la asociación política soberana que dispone de un territorio propio, con una organización específica y un

supremo poder facultado para crear el derecho positivo (Arnáiz, 1981, p.124-126).

Por su parte, Thomas Hobbes (1994) alude al deber supremo de: “Garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo y hacer aplicar los principios del derecho natural” (p.13).

De este modo, podemos identificar que el origen del Estado se encuentra en la aparición de la propiedad privada y el Derecho, cuando se crea un ente superior a la autoridad del clan familiar, con el fin de garantizar la seguridad y el bienestar del pueblo y hacer aplicar las leyes que de él emanen.

En la mayoría de las nociones sobre Estado, de acuerdo con lo expresado por Héctor González (1992) en su obra *Teoría política*, “se pueden agrupar en cuatro grandes grupos”:

Deontológicas: Proponen una idea del Estado determinándolo por un contenido específico de fines, normas o valores que debe realizar.

Sociológicas: Conciben al Estado como una agrupación social, cuya nota específica es la calidad de su poder.

Jurídicas: Derivan de la escuela del formalismo jurídico, que pretende reducir los problemas de la teoría política a formales de derecho.

Políticas: En donde el Estado destaca como una formación características de la idea política (González, 1992, p.158).

La observación de que el Estado es la conjugación de una sociedad humana con un poder de mando originario en un territorio, nos lleva a la conclusión de Georg Jellinek (2000) al definirlo desde el umbral legal.

Bajo este panorama, las reglas de conducta inducen a un conjunto; o sea, a un sistema armónico de normas de Derecho. Se añade así otro dato a la noción científica previa, el orden jurídico y así el Estado es una sociedad humana establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico. Pero todo orden supone de manera necesaria la existencia de un ordenador, y el orden jurídico tiene la imperatividad como una de sus características esenciales; moldeada por el orden jurídico, la actividad de la sociedad humana estatal tiene la misma teleología y finalidad que el orden jurídico, y como el sentido último de este ordenamiento es realizar los más altos valores de la convivencia social humana, la finalidad del Estado concurre a ese objeto.

El contenido de esa teleología se expresa en la obtención del bien común; sin embargo, como todos los integrantes de esa sociedad han de participar de dicha obtención, es un bien público; pero ese bien es efímero en relación con



la limitada existencia material del hombre y por ello es un bien público temporal. De ahí que surja la potestad soberana, cuyo tiempo prevalece de acuerdo a aquello que posteriormente entenderemos como *contrato social*, hasta llegar a la constitucionalización del poder público para algunos, y la institucionalización de este mismo, para otros.

### **3. Retos del Estado moderno. Caso México**

La homogeneidad en el matiz o estilo cultural, las tradiciones, costumbres, fortaleza institucional, así como la conciencia de un destino y futuro común, son resultados que se deben en gran medida a la acción de un poder político derivado de una democracia cualitativa, al igual que cuantitativa, cuya labor sintetiza la base de gobernanza en sociedades con alto grado de conciencia y participación política; todo ello, para alentar y consumir una acción ciudadana que enriquezca las políticas públicas de interés social. Por ello, el Artículo 3 constitucional contempla la democracia como un sistema de vida fundado en constante mejoramiento económico, social y cultural de un pueblo.

Pero desafortunadamente, con el paso de los años, por gobiernos autoritarios, complicidades de autoridades electorales, iniciativas de reformas políticas inconclusas o de forma, adecuaciones a los ordenamientos legales en esta materia de coyuntura, por el rol de los partidos políticos denominada *partidocracia*, por la simulación e impunidad, el voto cuenta como una estadística que no responde al precepto y contenido de la norma fundamental, sino que se degenera al formar parte solamente de una cifra como producto de una democracia sin rostro, construida en los últimos años bajo los signos de un derecho electoral, basada en la desconfianza y el fraude electoral.

Contrario *sensu*, en el viejo continente, dada su añeja cultura política, encontramos países como Francia, que ha tenido pleno éxito en contribuir no solamente al valor de su tradición política, sino a la civilidad de sus procesos electorales, en los que el rol de la oposición se visualiza de una manera diferente al no desestimar o descalificar el triunfo de otro partido político distinto que arriba al poder. Tanto el cogobierno como el rol del conocido gabinete de sombra logran resultados exitosos, como los del proceso electoral pasado, al reconocer el triunfo de François Hollande, el mismo día de la elección.

De la misma manera, encontramos en la cartografía política de los Estados modernos hechos que determinan su peculiaridad, y aún cuando han creado una sola nacionalidad con elementos dispares, no lograron la unidad lingüística ni la plena homogeneidad cultural. En esta concordancia, podemos mencionar el

caso de naciones como Suiza y Canadá, que contribuyeron vigorosamente a la formación de una clara e intensa conciencia y fuerte solidaridad nacional, pero no se propusieron en modo alguno hacer desaparecer las diferencias lingüísticas y culturales. De este modo, Federico Engels, explica que:

La sociedad antigua basada en las unidades gentilicias, estalla hecha pedazos a consecuencia del choque de las clases sociales recién formadas (esclavos-esclavistas) y su lugar lo ocupa una nueva sociedad organizada en Estado cuyas unidades inferiores no son ya gentilicias, sino unidades territoriales; se trata de una sociedad en la que el régimen familiar está completamente sometido a las relaciones de propiedad y en las que se desarrollan libremente las contradicciones de clase y la lucha de clases que constituyen el contenido de toda la historia escrita hasta nuestros días (Engels, 1973, p.8).

Para fortalecer las ideas doctrinarias que existen, las autoridades públicas procedieron a establecer un sistema de coacción directa, en el que el individuo recalcitrante era castigado mediante la aplicación forzosa de penas públicas.

Bodenheimer (1991) concluye en el sentido de que: “En el establecimiento de tal autoridad que le obliga al cumplimiento del derecho, se encuentran los orígenes del Estado” (p.50-51).

En este peregrinar ideológico, el Estado, sus elementos y transformaciones, han hecho que este aparato de dominación para algunos teóricos como Marx, Poulantzas, Luxemburg, entre otros, con la globalización, el libre mercado y la nula soberanía de los territorios dominados por el capital trasnacional, desaparezca en la connotación señalada (Montero, 2010).

El posfordismo, la desestatización de empresas públicas, aún en contra de los mandamientos constitucionales que ponían en riesgo la soberanía nacional; la edificación de grandes fortunas concentradas en unas cuantas manos de mexicanos nacies del salinismo, la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el discurso de modernización con la consecuente muerte a los caudillos del proceso revolucionario de 1910, lograron entre otras consideraciones económicas, políticas y sociales, el arribo del pragmatismo y desideologización que consumaría la nueva mundialización económica.

Para nadie escapan los riesgos de la sociedad globalizada desde el contexto de la economía internacional como doméstica, hasta el control convencional y difuso de la constitución mexicana. Vivimos cambios vertiginosos en los que las profecías maquiavélicas se ciñen a las etapas de desarrollo o subdesarrollo de las naciones. De esa manera, encontramos las organizaciones no gubernamentales

mentales, redes sociales, un mundo cibernético que con un solo clic, nos acerca o aleja de un entorno determinado.

Los cambios en la cultura, la pérdida de identidad y el nacionalismo, han generado entre otras causas, los grandes contrastes de desigualdad entre los hombres y naciones; la estandarización de las clases sociales, la concentración del producto interno bruto en una cuantas familias del orbe, los millones de desempleados, el empleo informal, la explotación irracional de la riqueza natural, los desastres ecológicos y un sin fin de nuevos desafíos para las sociedades de nuestro tiempo. Así, “la mediatización de las sociedades contemporáneas también implica que la comunicación de riesgos, la percepción de riesgos y la interpretación de la legitimidad política están siendo sometidas a la lógica específica de los medios de comunicación de masa y sus necesidades de crear y dramatizar las noticias” (Innerarity & Solana, 2011, p.132).

En ese orden de ideas, a partir del siglo XXI, México ha vivido la alternancia del poder con el arribo al Ejecutivo de un candidato cuyo partido político era diferente al que había gobernado por más de setenta años; nos referimos al Partido Acción Nacional.

Los seis primeros años de esa presidencia fueron funestos para la tradición republicana de una nación cuya lucha se había concentrado por la pérdida del poder adquisitivo de millones de mexicanos; privatizaciones, corrupción, impunidad, asesinatos políticos y un sexenio cuyo lema fue: “Bienestar para tu familia”.

Pareciera que la tarea pública hubiera sido el aniquilamiento institucional y la desaparición del Estado de derecho. La administración foxista de improvisación, mediocridad y corrupción, solo dejó una herencia capitalizable por medio de un Instituto Federal Electoral rebasado con la judicialización de la incipiente democracia mexicana; baste recordar lo atormentado y la ineficiencia de uno de sus titulares, como Consejero Presidente en el 2006, Luis Carlos Ugalde, con el triunfo de Felipe Calderón.

El segundo sexenio generó la Ley para la reforma del Estado y con ella, la iniciativa de justicia penal adversarial y acusatoria, el fortalecimiento de una Secretaría de Seguridad Pública Federal rebasada en la guerra contra el crimen organizado, la militarización en sus estructuras con el respectivo precio de complicidad y desgaste frente a una corrupción e impunidad manifiesta día a día, y cuyas repercusiones continúan agravando a la sociedad mexicana de nuestros días. Una Secretaría de Gobernación transformada para trámites burocráticos, ya que con la instrucción del responsable del Poder Ejecutivo Federal

en materia de migración, se visualizó acotada e incongruente con su entonces titular, pues a pesar de su renuncia al partido en el poder, continuó como titular. Todo ello, sin omitir una Procuraduría General de la República en agonía.

El proceso electoral de renovación de Poderes de la Unión para el 2012, con un padrón electoral de más de ochenta millones, según cifras del Instituto Federal Electoral y un contraste con el censo de población del Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) (2014), registra que éramos 112 millones de mexicanos, sin considerar obviamente la Teoría del Lumpen, y de los cuales el 53% son mayores de 18 años, entre otras aseveraciones institucionales como las de la Corte Internacional, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

Organismos que auguraban, entre otras voces, un reto de legitimación en esa elección presidencial, no solo en la concurrencia de votantes, abstencionismo, votación anulada, sino por carecer, también, de una reforma electoral integral que contemplara una legislación electoral desprendida del Artículo 41 constitucional, que tutelara candidaturas independientes en el ámbito federal y para los tres niveles de Gobierno, el voto en blanco que se cuente y sancionen a los partidos políticos vía prerrogativas por no estar a la altura de los reclamos ciudadanos, la segunda vuelta electoral, la revocación de mandato, la rendición de cuentas y métodos de transparencia tanto en la designación de candidatos como de manejo presupuestal, erradicación de la *partidocracia*, vía democracia participativa con mecanismos de representación semidirecta, o sea, plebiscito, referéndum e iniciativa popular.

Aspiraciones, muchas de ellas, casi inconclusas con las reformas de este 2014, en las que ya en la Administración del presidente Peña continúan como letra muerta, salvo la reelección en los cargos de representación popular que integran al Poder Legislativo.

Sabemos de los avances en las transformaciones de los órganos en la Procuración de Justicia, de la existencia de un Código Nacional de Procedimientos Penales, de las metas en el sistema acusatorio, pero también la inoperancia de este modelo de justicia para la delincuencia organizada, y mucho menos para dar una batalla frontal al lavado de dinero en materia electoral, en el que continúa su marco normativo hasta este momento, con el modelo inquisitorio.

Es indudable que la tecnología inspire a este milenio. Por ello, la base de datos del padrón electoral, ya con el Instituto Nacional Electoral debidamente encriptado, deberá garantizar, por un lado, la inoperancia de los delitos ciber-

néticos y por el otro, del narcotráfico vía lavado de dinero en campañas políticas y designación de candidatos en los ámbitos estatal y municipal.

La detención y consignación bajo los principios del debido proceso penal de un exgobernador interino del Estado de Michoacán, Jesús Reyna, abre una ventana de esperanza para quienes confiamos en la justicia, pues cuántos gobernadores existen bajo esas prácticas con denuncias formuladas por los medios de comunicación, en algunos casos, y con la imputación directa en otros.

En este contexto de ideas, y ante la retardada legislación acorde a las necesidades de nuestro país en materia de blanqueo de activos, este espacio se convierte en foro idóneo para visualizar desde cuándo se inicia la prevención del manejo de recursos de procedencia ilícita en otros países. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), en esta materia, ha logrado penetrar a los Estados miembros y sus recomendaciones han sido consideradas como estrategia de Gobierno.

#### **4. Blanqueo de activos. Paradigma en construcción**

En el curso de Derecho Criminal que imparte el profesor emérito, doctor Cervini Sánchez, en la Universidad Católica de Uruguay, destaca consideraciones trascendentes para que “los gobiernos democráticos aseguren legislación puntual en la materia bajo lineamientos metodológicos para la adecuación de la conducta al tipo penal en esta materia” (Cervini, 2012, p.146).

En ese contexto y anticipándose a su tiempo, hace más de cuarenta años Roberto Lyra (1964) fue uno de los primeros en señalar y caracterizar la macrocriminalidad económica, como un abanico de formas de delincuencia socioeconómica muy perfeccionadas y de enorme daño social, que se mostraban cada vez más accesibles a la evidencia científica, pese a lo cual raramente aparecían tipificadas en la Ley penal. Agregaba, finalmente, que en el hipotético caso de encontrarse previstas en la norma penal, esas tipificaciones se realizaban normalmente en forma inadecuada, dando la sensación de que “las autoridades no quieren o no pueden alcanzarlas” (p.59). Sus observaciones reflejaban una aproximación criminológica sumamente certera, que pese al tiempo transcurrido, mantiene clara vigencia, incluso confrontada con posteriores acontecimientos que fortalecen los principios doctrinales hasta nuestros días (Montero, 2008).

En el campo más reciente y confrontante de la realidad, el Derecho Penal Económico, en la visión del profesor norteamericano, Louis W. Severin, se sostiene en este sentido:

La macro o extracriminalidad económica contemporánea [como él prefiere llamarla a fin de evitar equívocos] configura la expresión emergente de una nueva forma de desviación estructural que debe ser normativizada, aquella vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de las leyes económicas y de los mecanismos o resortes superiores de la economía, fundamentalmente a los conocidos como mecanismos económicos abiertos, a saber: Los mecanismos del equilibrio de la economía nacional con el mundo exterior –mecanismo de los cambios–, los de transformación del capital en renta y de la renta en capital –mecanismos financieros y bursátiles–, los de la circulación y aplicación de activos y finalmente los del equilibrio entre la producción y el consumo que implica el manejo de los *commodities*, carteles, abusos al consumidor, etc. (Severin, 1991, p.42-43).

Asumimos que los conceptos del profesor de la Universidad de Austin, en Texas, requieren de ciertas precisiones terminológicas y conceptuales complementarias de la teoría económica, así como destacar el calificativo que el derecho norteamericano contempla para aquellas conductas que en términos generales reciben el título de criminales.

Para entender este subtema, se requiere de un análisis histórico en el marco de la economía tradicional y sobre todo introducimos al mundo de las ganancias que generan las actividades ilícitas en manos de la delincuencia organizada trasnacional. Para nadie escapa el derecho penal del enemigo, así como tampoco la extinción de dominio, como un proceso más eficiente por parte del Estado en la reparación del daño social que crea el narcotráfico o aquellos delitos considerados de alto impacto (Montero, 2012a).

En ocasiones, ciertos publicistas interesados en el campo de la delincuencia económica han conectado inadecuadamente la denominada macrodelincuencia económica con la macroeconomía, al tiempo que también han intentado asociar las manifestaciones de microdelincuencia con la microeconomía (Benilar, 1991).

Ese paralelo analítico es científicamente inapropiado, y supone un grueso error conceptual que imposibilita una comprensión global del tema que nos ocupa. Entendemos la macrocriminalidad económica como una modalidad de desviación estructural, en cuya conformación inciden tanto factores económicos como sociales. Los primeros aluden a los mecanismos o resortes superiores de la economía; los segundos, a su ejercicio ilegítimo o abusivo.

En otras palabras, la macroeconomía es vista desde una arista totalmente diferente a los delitos del fuero común; significa que existen dos pisos en la persecución de los delitos económicos, derivados de la delincuencia organizada y los conocidos como *de cuello blanco*. Ante esta reflexión, podemos con-

cluir: ¿Cuántos servidores públicos de organismos financieros han sido procesados en apego a las leyes en la materia frente a los miles de desaparecidos, ejecutados y consignados por narcomenudeo?

La macroeconomía, y por consiguiente su teoría, se ocupa del comportamiento, el equilibrio, la evolución y el ajuste de variables globales. Entendidas estas como las que se refieren a fenómenos económicos en conjunto, normalmente relativas a un espacio económico delimitado económica o políticamente: Una región o un país. Entre las variables de este tipo, encontramos el ingreso nacional, el producto interno bruto, el nivel general de precios, el nivel de ocupación y desempleo de la estructura poblacional, las exportaciones e importaciones totales, los impuestos recaudados integralmente por el Gobierno, el balance monetario, etc.

Por su parte, la microeconomía y su teoría, también conocida como teoría de los precios, se interesa en la conducta de los agentes económicos individuales –empresarios, consumidores, etc.– y de los resultados de esas conductas que se adoptan de acuerdo a determinados objetivos. No obstante estas diferencias conceptuales tan tajantes, es posible intentar –así lo hace, por ejemplo, la Teoría del Equilibrio Económico General– una explicación de los valores y evolución de las variables globales a partir de la explicación de la determinación de los valores y evolución de esta en lo individual. Esta flexibilización se encuentra en la base de los planteamientos de Severin (1991), cuyo concepto de extradelinuencia económica se alcanza con corte transversal a través de los mecanismos económicos, lo cual le permite integrar variables macro y microeconómicas en su análisis, para evitar las limitaciones propias de un enfoque rígido.

La propuesta conceptual expresada también requiere una explicación adicional sobre el alcance técnico de la expresión *mecanismos económicos* (Culmann, 1989). De esta forma, podemos afirmar que la teoría económica adopta dos formas distintas: La primera, está hecha tanto de leyes económicas que expresan la relación funcional o causal de interdependencia de dos o más fenómenos económicos y la segunda, de mecanismos económicos que expresan la cadencia cronológica de una serie de fenómenos económicos, cada uno de los cuales obedece al anterior.

En todo caso, los mecanismos pueden clasificarse en cerrados y abiertos. Los mecanismos económicos cerrados son aquellos que desembocan en un resultado de la misma naturaleza, si no de la misma fuerza, que el impulso inicial. Este resultado es, a su vez, el impulso inicial de un nuevo mecanismo parecido al precedente. Se ven involucrados normalmente con las más variadas

formas de criminalidad económica convencional. Los mecanismos abiertos – tan relevantes para efectos de nuestro análisis sobre extra criminalidad–, son en cambio aquellos que desembocan en resultados de naturaleza distinta al del fenómeno inicial. Sin duda, este resultado puede ser a su vez impulso inicial de una cadena de fenómenos económicos, pero en respuesta a un impulso de naturaleza distinta, el mecanismo también será diferente, aunque siempre técnicamente predecible; nos referimos al terrorismo.

El terrorismo de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001 marcó un hito para entender reglas de la teoría económica en la macrocriminalidad; o sea, que también los efectos de la mundialización han contribuido a la sofisticación de la delincuencia organizada transnacional, con otra serie de igual importancia, tanto en efectos económicos como sociales: El cibercrimen.

En congruencia, los tipos de mecanismos señalados resultan por distintos canales técnicamente susceptibles de desviaciones. En los hechos, la naturaleza de los fenómenos económicos involucrados por grupos delincuenciales conduce a pensar que las desviaciones de mayor consecuencia social tienden a concentrarse en el campo de los mecanismos abiertos. El número y la proyección de esos abusos estarán supeditados a definiciones técnicas, legislativas y prácticas. Estos dependerán tanto de la pertinencia científica, la especificidad y la coherencia preventiva de las normas regulatorias de dichos fenómenos económicos, como del funcionamiento eficaz de los controles que se decida establecer sobre ellos.

Esta teoría supone el desdoblamiento de aquello que la cultura anglosajona determina en las variables económicas, cuando se presentan una serie de eventos que tienden a fomentar una conducta atípica, la cual se considera criminal; sin embargo, este tipo de enfoque es importante subrayarlo, porque el rompimiento de una norma o regla de valor económico puede desencadenar al fenómeno del terrorismo, como eslabón final de esta actividad organizacional.

La referencia a los mecanismos superiores de la economía, no acota necesariamente el ámbito socioeconómico en el cual se cumplen estas manifestaciones extradelictivas. Frecuentemente, se expresa que a medida que la tecnología progresa y aumentan las facilidades de comunicación y del transporte, en un conjunto armónico e indicativo del desarrollo global, también la criminalidad avanza en términos de técnica y sofisticación (cibercrimen). De esta premisa se suele extraer una conclusión mucho más discutible, la macrocriminalidad como actividad sistemática perfilada, como una empresa para la consecución de actos ilícitos inexorablemente unida al desarrollo económico.



Es evidente que el desarrollo económico propicia las condiciones ideales para la eclosión de la macrocriminalidad, principalmente en el área económica, pero no puede sostenerse de modo alguno que las formas más gravosas de la delincuencia económico-financiera sean extrañas a las estructuras sociales subdesarrolladas. En materia de criminalidad económica y en términos de evaluación terminal de costos sociales, no puede afirmarse científicamente que en los países de menor desarrollo se sufre una criminalidad de carácter preponderantemente individual, empírica y asistemática, sin hacer una inmediata referencia complementaria de orden cualitativo; en caso contrario, se presentará un cuadro deformado de la realidad. La simple observación actualizada de la experiencia latinoamericana alcanza para desterrar el preconceito antes denunciado. Si ello no bastara, la propia Asociación Internacional de Seguridad Bancaria ya constataba que los fraudes bursátiles y el ejercicio abusivo de las actividades de intermediación en valores se ha incrementado sustancialmente, debido al auge de las Bolsas en los países en vías de desarrollo (Cervini, 2012).

De manera evidente, este análisis que se presenta, se consuma con su factura clandestina, en la que sitúan a nuestro país como uno de los centros más importantes para esta actividad. Desde el punto de vista del informe 2012 de Global Financial Integrity, el Estado mexicano alcanzó los niveles más altos en dicha actividad, en la cual la macrocriminalidad puede ubicarse como una operación que recoge la microcriminalidad de actividades aduaneras, básicamente.

Las formas de desviación estructural macroeconómicas no son, en absoluto, exclusivas de las economías desarrolladas. Muy por el contrario, es a su criterio en los países subdesarrollados donde cohabitan más frecuentemente las formas de desviación estructural propias de la marginalidad –cuantitativamente preponderantes– y estas otras propias de quienes detentan el manejo irregular de ciertos resortes del mercado –sin duda cualitativamente más significativas–. Los porcentajes cuantitativos pueden variar en los países menos desarrollados, no así su significación social y económica, pues se encuentra en la esencia de la macrocriminalidad el volumen del daño (Severin, 1991, p.177).

Es más, puede sostenerse que (en aquello que concierne a la extracriminalidad económico-financiera) muchos de nuestros países están expuestos a un mayor riesgo potencial. El desfase existente entre los niveles profesionales y técnicos de los operadores del control social y funcionarios encargados de la supervisión del sistema financiero y el que muestran algunos grupos delictivos sofisticados (*hacker*) que operan en el área, seguramente facilita y estimula (elemento agresividad) el emprendimiento de este tipo de acciones. También,

y fundamentalmente en el ámbito de los macrodelitos económicos, el aparente desconocimiento engendra la impunidad y corrupción.

Esta línea de razonamiento sirve para esclarecer, entre otros aspectos, el controversial tema de la objetividad jurídica en los delitos de lavado de dinero o blanqueo de activos. En tal sentido, interesa enfatizar que en este contexto, el único bien jurídico razonablemente justificador de tutela penal en el caso del lavado de activos debería encontrarse en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos, financieros y bursátiles, y todo ello en la medida en que tales mecanismos aparezcan afectados por un ejercicio ilegítimo u objetivamente abusivo.

El citado Severin, presidente del *International Center of Economic Penal Studies* advertía en 1970 sobre la protección penal que debe tener por objeto un interés concreto y suficientemente definido, en todo caso referenciado a necesidades del individuo y a otras muy limitadas exigencias sociales que traducen la función de coordinar y equilibrar los conflictos. En tales circunstancias, resulta extremadamente forzado encontrar la objetividad jurídica de la legislación positiva sobre lavado de dinero en la salud pública, en la administración de justicia, en la economía pública *lato sensu* o en la libre competencia. A su juicio, resulta técnicamente apropiado concretar ese bien-interés normativamente valorado en el normal funcionamiento de los mecanismos económicos, cuyo ejercicio ilícito y objetivamente abusivo, traduce instancias de macro o extracriminalidad (Severin, 1991).

El mismo autor concluye que no debe confundirse el bien jurídico eventualmente tutelado con los efectos más notorios del delito de lavado. En coherencia y al seguir esta línea de investigación, el profesor Donato Masciandaro (1994), reconocido catedrático de la Università Luigi Bocconi, construye un modelo matemático referido a los efectos del blanqueo de capitales, en términos macroeconómicos de influencia sobre la producción legal.

Del estudio de este modelo, podemos aseverar que se basa de manera exclusiva y rígida en las denominadas etapas del blanqueo, sin tomar en cuenta las flexibilizaciones que impone la Teoría de la Imagen Desplegada –*displayedimage*–, desarrollada hace pocos años por el maestro del *Levine College of Law* de la Universidad de Florida, Baldwin Jr., Fletcher (2002) ni otras implicaciones derivadas del carácter estructural del delito.

Por su parte, Palma Herrera (2000) señala que esta tesitura responde a una visión arquetípica del blanqueo de capitales, dividido en distintas fases que deben culminar siempre con la inversión de los bienes en actividades y

negocios lícitos. Pero este modelo económicamente aséptico que encauza toda la actividad de blanqueo a la integración del capital maculado en empresas e inversiones no críticas, no tiene en cuenta que hay ocasiones en que el blanqueo se canaliza por otros cauces y propósitos; o en las que los capitales blanqueados serán empleados en insumos lícitos, en satisfacer gastos de colegio, de salud, compra de alimentos, etcétera; destinos en los cuales la lesión o puesta en peligro de la libre y leal competencia no aparece en entredicho.

Finalmente, es importante reiterar que en los delitos económicos convencionales, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo normativamente disciplinado, refiere de manera preponderante al inadecuado funcionamiento –disfunciones– de los mecanismos económicos cerrados, mientras que en las formas de extra o macrocriminalidad económica, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al inadecuado funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos.

Es innegable que los tiempos de riesgo en las sociedades modernas se transformen en una constante dentro los ordenamientos legales tradicionales; de ahí la pertinencia por adentrarnos al mundo del Derecho Penal Internacional y sea este medio de comunicación legislativa, la herramienta idónea para este logro.

## **5. Recursos de procedencia ilícita en manejo electoral**

El fenómeno de lavado de dinero en materia electoral, se descubrió y se enteró la opinión pública en apariencia hasta el último proceso electoral, vía topes de campaña y de los vínculos existentes entre gobiernos y delincuencia organizada para consumir y construir simultáneamente caminos hacia el poder. En otras palabras, no solamente el poder informal que deriva de estas organizaciones criminales, sino con el voto de una democracia sin rostro.

Lo señalado anteriormente plantea lo obsoleto de nuestra obesidad legislativa que prevaleció en el sexenio 2006-2012, pues a pesar del trabajo parlamentario en materia de seguridad, el tema como el de lavado de dinero solo fue enunciativo de la realidad nacional, verbigracia: Coahuila, Tamaulipas, Veracruz, Michoacán, Guerrero, entre otros. El narcoestado ha sido una tentación constante, así como aquella máxima expresión roussoniana de que el poder absoluto corrompe absolutamente, o en términos de Revel (1985), en el fin de las democracias.

Pareciera, también, con todo lo expresado, que el fin de la historia de Fukuyama se diera como una aproximación teleológica de nuestro tiempo.

Préterito lo escrito por Belly la lección que nos da con el blanqueo de capitales del inicio del siglo pasado, con la industria inmobiliaria.

Bajo este esquema, las elecciones del 2012 mostraron que el lavado de dinero electoral es una realidad, que los topes de campaña son una referencia y que estos hechos desencadenaron la extinción del Instituto Federal Electoral, al no poder anular una elección, como es el caso con la nueva reforma política de 2014, pues ni la denuncia en contra del grupo Soriana ni Monex ni la cuenta concentradora de Santander, fueron suficientes para emprender la acción legal correspondiente (Montero, 2012b).

La Ley conocida como Antilavado, la Unidad de Inteligencia Financiera dependiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Fiscalía Especializada de la Procuraduría General de la República, más tarde de la Fiscalía General de la Nación, habrán de ser la instancia competente para coadyuvar en los procesos electorales de 2015 y 2018, para los fines expresados y dar transparencia a la casi inexistente calidad democrática de nuestros comicios, en los que los electores se caracterizan por ser un número más de encuesta y la democracia judicializada se transforma en una democracia sin rostro.

## **Conclusión**

Con la reforma política del actual Gobierno, la esperanza de millones de mexicanos se acrecienta para esperar la erradicación de la contienda política del fraude cibernético, de la judicialización de la democracia y construcción del narcoestado como una expresión del poder informal que sucumbe día a día la institucionalidad del Estado de derecho.

Retos de este milenio, en los que el derecho electoral mexicano se ha construido en la anomia del fraude electoral para encauzar bajo este supuesto un andamiaje jurídico complejo e innecesario. Es del conocimiento de todos los actores nacionales, el costo de nuestra democracia y el fin de la misma; los salarios del consejero presidente y demás consejeros del desaparecido Instituto Federal Electoral, las prerrogativas que reciben los partidos políticos y de aquellos que fomentan el caudillismo en nombre de esta forma de gobierno.

Ante esta realidad, y los recursos que se destinan para realizar elecciones en el Estado mexicano, el Instituto Federal Electoral vivió –y por ello, adicionalmente– su desaparición o “modernización” con el hoy Instituto Nacional Electoral, la dicotomía de estar integrado en un equilibrio de partidos políticos, sin compromiso y mucho menos de carácter nacional. Con ello, la cultura de fraude y descalificación entre candidatos a la Presidencia de la República en

2012 y en medio de todo esto, la inseguridad, la sofisticación del crimen organizado, la pobreza extrema, el desempleo y nulo compromiso con el derecho victimario, en el que la procuración y administración de justicia, bajo un nuevo modelo del debido proceso y de presunción de inocencia, oralidad, inmediatez, contradicción, oportunidad, publicidad, justicia abreviada vía mediación y profesionalización de servicios periciales, contrasta con la cultura de corrupción, impunidad y simulación de la estructura de gobierno.

Pareciera que las experiencias de un hermano país que luchó por el garantismo, como de otros muchos, no sirvió de nada y el pago de haber sacado al ejército de sus cuarteles lo debiera cubrir la sociedad civil con las consecuentes expresiones de barbarie que bajo ese principio hemos vivido en la sociedad mexicana; también, con el aniquilamiento del respeto a los derechos humanos, como es el caso de Nuevo León, Querétaro, Michoacán, Guerrero, Chihuahua, Morelos, Oaxaca, y así el suelo nacional. Baste confrontar el Informe del Comisionado de Naciones Unidas.

En este orden de ideas, el discurso alentador de las autoridades del sexenio pasado frente a la realidad de millones de mexicanos que se debatieron y aún se debaten entre estas frases y la cruda realidad que los envuelve. El expresidente “del empleo” solo dejó más miseria y pobreza.

Si bien es cierto que la globalización ha reducido el mundo en la construcción de bloques económicos y la internet en el rubro de comunicación, también es verídico que la estandarización de la sociedad mundial es un hecho, el crimen organizado se ha sofisticado, los delitos cibernéticos en nuestro país son considerados de manera errónea como una aproximación, y lo vemos con las telecomunicaciones, pues continuamos inmersos en el homicidio agravado, delitos contra la salud, feminicidios, secuestro, violación, omitiendo terrorismo, tráfico humano, de órganos y demás signos de una delincuencia organizada que se ve privilegiada con el nuevo modelo acusatorio, en el que la carga de la prueba es para la víctima, y el Ministerio Público con su monopolio de la averiguación previa desaparece para dar paso a la teoría finalista y a la imposición de medidas cautelares, en las que lo último es privar de la libertad al delincuente o presunto responsable, hoy vinculado al proceso. Aberrante para muchos todo este compendio para un país como el nuestro, donde privan los estándares antijurídicos.

Por otro lado, vivimos cada vez más ordenamientos internacionales que se apegan al concepto plasmado en el Artículo 133 de nuestra Norma Máxima, pero cuántos de estos acuerdos son solo enunciativos de una relación bilateral, que se transforman en la unilateralidad del más poderoso. Así podemos visua-

lizar el Estatuto de Roma frente al Tratado de Libre Comercio para América del Norte o el Protocolo de Estambul contra la tortura, sin omitir el naciente convencionalismo y poder difuso constitucional.

Bajo este panorama: ¿Nuestra democracia es en el grado de participación y calidad, la esperada en este amanecer de milenio? ¿Nuestros gobernantes asimilan los desafíos de una sociedad en riesgo? ¿Son los rostros de hombres y mujeres los que hacen posible la calificación de las elecciones una panacea para la legitimación del poder? Las preguntas son múltiples y las respuestas de los espacios en los que la sociedad civil oscila para ver por medio de todos los avances tecnológicos a nuestro alcance, la calidad de vida de los mexicanos en esta centuria.

Al igual que la justicia, la democracia como una expresión ideal de civilidad y equidad, son aspiraciones de una mejor representación política. Empero, si recurrimos a medidas como el latinobarómetro para ver los índices de corrupción o de otros instrumentos para comparar a los legisladores como servidores de seguridad pública, los estándares de nuestras leyes y representación, sin duda son avalados por una democracia sin rostro.

Las organizaciones criminales, el narcoestado, la capacidad de gobernar de la nueva generación de priistas, aquella que nos remonta a los anales de Casasola y de Brandenburg con la familia revolucionaria, son hechos de una misma historia, en la que los espacios comunes de cacicazgos políticos siguen albergando la esperanza de más de cien millones de mexicanos por un país libre, justo e igualitario, con los mismos resultados.

Así, en medio de una *partidocracia*, de tribus, de caudillos modernos, el debate continúa. México es libre y soberano con la reforma energética, más ilustrado con la educativa, y existe más distribución de la riqueza entre todos los mexicanos con la hacendaria, la respuesta está a la vista de todos.

De igual forma, los retos de la ciencia penal en materia de penitenciarismo, en el que el responsable vivió los años de Carrillo Olea, como gobernador del Estado de Morelos, con los resultados, denuncias y manejo promulgados tanto en los medios de comunicación como en los órganos de control presupuestal y de responsabilidad del Gobierno de la época.

La justicia en nuestro país mantiene las dos caras de Jano, pues en la búsqueda de la igualdad, las cadenas de la opresión para los más desfavorecidos de las estrategias de desarrollo social persisten y se desbordan en el mundo de ese modelo microeconómico descrito, y hecho realidad en bandas de narcome-nudeo, robo con violencia y secuestro, fundamentalmente.

En México, las cárceles se han transformado de escuelas del crimen a centros estratégicos de operación delincencial, con el fenómeno de la sobrepoblación. Así, frente a un modelo disuasivo y de presunción de inocencia, se continúan construyendo Centros Federales de Reinserción Social (CEFERESOS) y Centros Estatales de Reinserción Social (CERESOS) en el territorio nacional; ejemplo en el Estado de Morelos, se dará el primer paso de privatización en los servicios, inherentes al Estado, para solo quedar la seguridad en manos de este. Así, la justicia y el derecho victimario serán la expresión y voz del México de esta centuria.

Según cifras oficiales de 2012-2013, existen 438 centros penitenciarios, 19 de los cuales están bajo la jurisdicción federal, 10 corresponden al Distrito Federal, 319 a los gobiernos estatales y 91 a los gobiernos municipales –cárceles distritales con el modelo panóptico– sin omitir los cambios de fondo en las Islas Marías. Para el 2012 se planteaba que todos los sentenciados del fuero federal compurgaran en centros federales.

La población penitenciaria se ha triplicado en los últimos tres sexenios. En la actualidad se encuentran reclusos más de 250 mil personas; de ellas, casi 85 mil no están sentenciadas e inmersas a lo previsto en el Artículo 14 constitucional con el principio de presunción de inocencia. Cabe precisar que según el VI Informe de Gobierno del expresidente Felipe Calderón, de las 227.671 personas privadas de su libertad, 99.297 están reclusas bajo prisión preventiva, en tanto su situación jurídica se resuelve, y 128.374 están sentenciadas.

Las cifras de la actual Administración oscilan casi en los mismos términos, solo con inauguraciones de Centros Federales de Reinserción Social como el del Estado de Oaxaca, en 2013, y el cual suma recomendaciones en la materia del Observatorio Ciudadano, que se asoman a los conceptos modulares de seguridad de Pelican Bay, inaugurada en 1989.

De acuerdo al relator de Naciones Unidas, se estima que el costo del sistema penitenciario es de \$300 millones de pesos diarios. Esto significa alimentación, uniformes, guardia y seguridad, honorarios de la infraestructura penitenciaria, pago de electricidad, agua, programas como Ave Fénix, que al aprovechar toda esta infraestructura, cobra por propiciar condiciones más favorables para la supuesta reinserción; de igual forma, la Pastoral Penitenciaria, por citar algunas organizaciones de esta naturaleza. Todo ello, sin omitir la amnistía, el indulto, el socorro de Ley para los internos del fuero federal y común. Cifras que impresionan frente a la crisis del sistema penitenciario, al olvido, con la improvisación e ineficiencia de quienes tienen la responsabilidad de la reinserción social.

La Conferencia Nacional de Prevención y Readaptación Social, la Academia para profesionalizar los cuerpos de seguridad en esta materia, el manejo de las todavía existentes secretarías de Seguridad Pública estatales, los recursos del Sistema Nacional y Estatales de Seguridad Pública y todo el andamiaje jurídico-operativo en manos de la reconstruida Secretaría de Gobernación, anula el discurso oficial con la realidad de las cárceles en nuestro país. Autogobierno, corrupción, pago de piso, fajinas, lista, sesiones del Consejo Técnico para favorecer preliberaciones, ubicación, explotación en industrias penitenciarias, adicciones y demás vicios añejos que laceran y anulan cualquier vestigio de dignidad humana.

Ante este escenario, solo nos queda la lucha permanente por construir, junto con la esperanza de justicia y cultura, un compromiso de todos nosotros los que creemos en nuestra identidad nacional, en el principio de autodeterminación libre y soberana de los pueblos, en el nacionalismo que deviene de un contrato social basado en la igualdad, la justicia y la libertad, en un Estado democrático que respeta los derechos humanos y el debido proceso; en síntesis, los que abrazamos nuestra Constitución para proyectar la historia como la hazaña de la libertad.

## Referencias

- Arnáiz Amigo, A. (1981). *Soberanía y potestad*. México: Porrúa.
- Benilar, F. (1991, mayo-junio). La criminalidad en cifras. En *Fascículos del Círculo Bancario Bolivariano*. Vol. 3, p. 77.
- Bodenheimer, E. (1991). *Teoría del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cervini Sánchez, R. (2012). *Derecho penal económico*. Brasil: Cássio Reboucas de Moraes.
- Culmann, H. (1989). *Los mecanismos económicos*. Barcelona, España: A. Redondo.
- Engels, F. (1973). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*. Moscú: Progreso.
- Fletcher N., Baldwin (2002). Macrocriminalidad económica. Consultada el día 20 de abril de 2014, en: [www.law.ufl.edu/faculty/fletcher-n-baldwin/](http://www.law.ufl.edu/faculty/fletcher-n-baldwin/)
- Global Financial Integrity (2012). Fundación Ford. Disponible en: <http://mexico.gfi-integrity.org/es/>
- González, H. (1992). *Teoría política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Gramsci, A. (1979). *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado*. México: Juan Pablos.



- Hobbes, T. (1994). *Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Innerarity & Solana (2011). *La humanidad amenazada: Gobernar los riesgos globales*. Madrid, España: Paidós.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2014). Anuario Estadístico y Geográfico de los Estados Unidos Mexicanos, México.
- Jellinek (2000). *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lyra, R. (1964). *Criminología*. Rio de Janeiro, Brasil: Forense.
- Marat, J. P. (1989). *Discursos políticos. Aniversario de la Revolución Francesa, gobierno*. París, Francia.
- Masciandaro, D. (1994). *Banche e riciclaggio. Analisi economica e regolamentazione*; Milán, Italia: Edibank.
- Montero Zendejas, D. (1999). *La desaparición del Estado*. México: Porrúa.
- Montero Zendejas, D. (2008). *Derecho penal y crimen organizado. Crisis de la seguridad*. México: Porrúa.
- Montero Zendejas, D. (2010). *Derecho político mexicano*. México: Trillas.
- Montero Zendejas, D. (2012a). *Derecho penal electoral*. México: Fontamara.
- Montero Zendejas, D. (2012b). La delincuencia organizada transnacional, en la óptica del fenómeno del blanqueo de recursos de procedencia ilícita. Lavado de dinero. En *Revista de Derecho Penal Económico*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, p.241-327.
- Neruda, P. (1974). *Confieso que he vivido. Memorias*. Barcelona, España: Seix Barral.
- Ortega y Gasset, J. (1990). *Obras completas*. México: Porrúa.
- Palma Herrera, J. M. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid, España: Universidad Complutense-Instituto de Criminología y Edersa.
- Revel J. F. (1985). *La tentation totalitaire*. Paris, Francia: Bernard Grasset.
- Severin, L. W. (1991). *Recent developments in relation to economic crimes*. Nueva York, USA.

# XXY y la sexualidad como atributo de la personalidad

Jhon Jairo Peña Ocampo\*  
Juan Manuel Rodríguez Acevedo\*\*

**Resumen.** La intersexualidad es una condición que se ha presentado a lo largo del tiempo, la cual ha llevado a la indefinición de la persona. Es una situación que afecta la identidad sexual del individuo que la posee. A partir de la cinta argentina xxy (2007), este artículo pretende hacer una revisión de la jurisprudencia colombiana en esta materia, con el fin de establecer en la actualidad cómo es el tratamiento que se da a este grupo de personas y así, establecer la premisa de si la identidad sexual también debe ser considerada como uno de los atributos de la personalidad.

**Palabras claves:** Intersexualidad. Identidad sexual. Atributo de la personalidad.

## Introducción

La prolongación de la humanidad clásicamente reposa en la existencia de dos sexos, los cuales se complementan en el cumplimiento del propósito de procreación y supervivencia de las personas naturales. Esta situación es aceptada socialmente, por la cual no se permite concebir otro tipo de sexo o de orienta-

---

\* Abogado de la Universidad Cooperativa de Colombia. Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Católica de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como profesor de tiempo completo de la Universidad del Tolima.

\*\* Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, magíster en Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como profesor de tiempo completo de la Universidad de Ibagué.

ciones sexuales. Sin embargo, como consecuencia de circunstancias genéticas y cromosómicas, por ejemplo, las personas que padecen el Síndrome de Klinefelter, se habla de intersexualidad, como un estado oscilante entre condiciones de ambos sexos en un solo cuerpo.

Tal es el caso de Alex, un joven intersexual de 15 años que vive en un pueblo a las orillas de las costas uruguayas. Sus padres, Kraken (protagonizado por Ricardo Darín) y Sully (por Valeria Bertucelli), a muy temprana edad decidieron llevarlo fuera de Buenos Aires, con el fin de evitar cualquier tipo de problema o discriminación que por su condición pudiese sufrir. El punto central de la historia gira en torno a la visita de unos amigos de la pareja, que tiene como objetivo plantear la posibilidad de realizar la cirugía de reasignación de sexo a su hijo, la cual conciben como la única solución lógica, real y correspondiente a la ley de la naturaleza para la existencia de dos sexos complementarios. Esta es la premisa de la cinta argentina *XXY* (2007), dirigida por Lucía Puenzo y que fue ganadora de varios premios internacionales, como el Festival de Cannes, Festival de Cine de Atenas, Festival Internacional de Cine de Bangkok, Premios Goya, Festival Internacional de Cine de Cartagena, entre otros.

A partir de este contexto, se procederá a revisar el concepto de persona desde el punto de vista de la sexualidad, con el objetivo fundamental de determinar si la identidad sexual puede ser analizada como uno de los atributos de la personalidad o si por el contrario, debe ser vista dentro del análisis mismo de uno de los atributos, ya existentes, de la personalidad. Para tales efectos, se analizará el caso de la intersexualidad desde la perspectiva de la película *XXY*, como referente para el examen del tema en comento.

## **1. El concepto de persona frente a la sexualidad**

Antes de referirnos al concepto mismo de persona en relación con la sexualidad, es menester revisar las figuras de la identidad y orientación sexual, pues estas serán importantes desde el aspecto de la identificación de un ser como persona y así mismo, al considerar el caso puntual de la película *XXY*, que nos conduce a la diferenciación de la intersexualidad con otras figuras que pueden ser observadas en la actualidad.

El concepto de orientación sexual hace referencia a la atracción que siente determinada persona de la raza humana por otra, bien sea de un género diferente o de su mismo género, y es en este contexto que se ha venido determinando una serie de clasificaciones que tratan de englobar dicho concepto de la orientación sexual. Es así que la orientación sexual de una persona puede ir dirigida

hacia las personas del mismo sexo (homosexual), hacia personas de su sexo contrario (heterosexual) o aquellas personas que sienten atracción por los dos géneros sin distinción alguno (bisexual).

Es de resaltar que en un principio el concepto de orientación sexual era visto más como una enfermedad o una conducta aberrante, que incluso llegó a ser penalizada por varias de las legislaciones mundiales. Con el paso del tiempo, esta figura ha dejado de ser observada como una enfermedad y ha dado paso a un entorno que tiene por objetivo fundamental el reconocimiento y protección de quienes tienen una orientación sexual distinta a la normalmente aceptada por la sociedad (heterosexual), lo cual es un tema propio de la identidad de género, siendo claro que el sexo no se puede entender como género.

De otro lado, se debe hacer referencia al concepto de la identidad sexual o la identidad de género, la cual difiere del anterior, porque desde esta perspectiva no se analizan las preferencias que tiene cada quien en relación con lo sexual, sino que se difiere más hacia la identificación que tiene cada quien como hombre o mujer. De ahí que en muchas oportunidades se puedan encontrar situaciones en las cuales personas que ante la Ley son considerados hombres, desde un punto de vista de identidad sexual, son mujeres o viceversa, dado que se contempla que han nacido en un cuerpo equivocado que no es consecuente con sus sentimientos y su querer ser. Es en este contexto en el que se incluye el caso del transexualismo.

La Medicina contempla la intersexualidad como un problema de salud, y su consecuencia es que debe ser tratada para solucionar o mitigar esta condición genética. En la intersexualidad se observa “un grupo de afecciones en el que hay una discrepancia entre los genitales internos y externos (los testículos y los ovarios)” (Medline Plus, s. f., s. p.). Esta situación sin lugar a dudas genera una disonancia frente a la identidad sexual, en la que a diferencia del transexualismo, la indeterminación de la misma se presenta como consecuencia de una ambigüedad genital que es de carácter netamente físico. Esto se observa de manera latente en la película *XXY*, en la que se plantea que el principal problema de Alex es la futura determinación de si quiere vivir una vida como hombre o como mujer. De otro lado, si esta condición de intersexualidad se puede tomar como opción de vida, y no brindar como única solución una operación, en definición de una adecuación entre hombre o mujer.

En este punto es en el que se torna relevante hacer alusión al concepto mismo de persona y así mismo, de aquellos que han sido definidos como los atributos de la personalidad, para a partir de esta base establecer si la identidad sexual

debe ser tenida como uno de ellos, más aún si se tiene en cuenta que en el caso de los intersexuales está servido el debate en cuanto la determinación de su sexo y por ende, las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de este.

En ese sentido, lo primero a lo cual debemos hacer referencia es al concepto mismo de persona, y de este modo nos remitimos a lo establecido en el Código Civil colombiano, en el que se establece que: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.

Como podemos observar, esta disposición considera personas a toda especie del ser humano y a partir de allí, pareciera que no interesa la condición de sexo. Sin embargo, desde una perspectiva de interpretación auténtica e histórica, se diría que la admisión del sexo es una forma de diferenciar al hombre y la mujer, lo cual ocurrió y se comprendió en su momento, pues situaciones distintas a la finalidad de supervivencia de la humanidad no eran posibles de alcanzarlas; tanto así, que cualquier actividad contraria a esto quedaba inmersa en la categoría de problema de salud, hasta el punto de ser considerada como una enfermedad.

Aunado a este concepto, podemos añadir el de Ricardo Treviño (2002) en su libro: *La persona y sus atributos*. En este establece que “persona es igual al ser humano, igual a la palabra hombre, que significa individuo de la especie humana, de cualquier edad o sexo” (p.25).

Si partimos de este contexto, es claro que los intersexuales deben ser considerados personas, pues son seres humanos, independiente del género sobre el cual se les dé un tratamiento de carácter jurídico. La norma y las definiciones que al respecto se han establecido no distinguen los aspectos de carácter sexual para la determinación de persona. Por ende, tanto intersexuales como transexuales, como todas aquellas personas que posean una orientación sexual o una aparente discordancia en su identidad sexual a la luz del Derecho, deben ser consideradas como personas y en consecuencia, ser protegidos por la Ley frente a las diferencias que las mismas tienen.

## **2. La identidad sexual como atributo de la personalidad**

Es necesario que revisemos el concepto de personalidad y específicamente el de sus atributos, como medio para determinar si la identidad sexual debe ser considerada como un atributo de la personalidad.

Treviño (2002) afirma que la personalidad “significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico” (p.31).

Aunado a lo anterior, se puede citar a María Candelaria Domínguez Guillén (2009), quien afirma que los atributos de la personalidad "...permiten que el sujeto de derecho sea precisado o determinado, esto es, individualizado en una situación jurídica" (p.204). Así mismo, plantea que "...los atributos además de tenerlos todo sujeto como consecuencia inherente a su personalidad jurídica, tienen la característica necesaria de individualizar, precisar, distinguir, diferenciar al ser en el ámbito jurídico o en cualquier situación o relación de derecho" (p.205).

Al partir de esta definición, nos debe surgir la duda: ¿Puede la identidad sexual ser considerada un atributo de la personalidad por sí misma? ¿La identidad sexual puede estar al mismo nivel que el estado civil, la nacionalidad, el nombre, la capacidad, el patrimonio y el domicilio?

Frente a lo anterior, lo primero que se debe tener en cuenta es que tanto el nombre, el estado civil y el domicilio, tienen como fin específico el poder determinar cuál va a ser el papel de una persona frente al orden jurídico. Por ello, compartimos con la profesora Domínguez Guillén que son estos los atributos que permiten la individualización de una persona, pues al momento de realizar una relación de carácter negocial o la celebración de un contrato, se deben tener en cuenta los mismos.

A partir de este contexto es que se debe analizar el caso de la identidad sexual como atributo de la personalidad, pues si se examinan esos atributos de la personalidad tendientes a la individualización de la persona, desde la perspectiva de la identidad sexual encontraremos que este elemento puede tener parte importante y relevante en la identificación de la persona, mucho más si se trata de una relación negocial. Por ejemplo el nombre, que es un atributo de la personalidad, puede variar sustancialmente al depender de la identidad sexual que posea el individuo. Es así que, por ejemplo, la Corte Constitucional Colombiana ha tenido varios referentes mediante los cuales se evidencia la discordancia entre el nombre y la identidad sexual<sup>1</sup>, que sin lugar a dudas genera problemas para las personas que lo padecen, pues pretenden ser reconocidas de un modo pero la sociedad los reconoce de otra forma. De ahí que cada día se presenten casos de personas que por su identidad sexual viven su vida en oposición al sexo que les fue asignado por Ley. Con ello se genera la imposibilidad, en algunos casos, de participar en la toma de decisiones desde

---

<sup>1</sup> Este tipo de casos se evidencia, por ejemplo, en la Sentencia T-391 de 2012, en la cual una persona solicita se le autorice el cambio de nombre por tercera vez, en razón a que pertenece a la población transgénero y desea ajustar su nombre a uno que sea acorde con su identidad sexual.

un punto de vista democrático, o asuntos tan simples como tomar en arriendo un lugar para vivir o incluso solicitar un préstamo ante las entidades bancarias.

De igual manera, lo observamos en el aspecto relacionado con el estado civil, especialmente respecto al género al cual pertenece la persona, y que se considera se ve más latente en el caso de la intersexualidad, en la que por la ambigüedad genital referenciada anteriormente, se vuelve sumamente complicado poder definir el género al cual pertenece la persona. Esta situación ha llevado a que en muchas oportunidades los padres de un menor procedan a autorizar las intervenciones quirúrgicas necesarias para la adecuación del sexo, lo cual trae problemas posteriores, porque el individuo no se siente a gusto con el sexo que le fue asignado y esto conlleva complejidades para el estado civil, frente a cual es el sexo que se le debe otorgar al individuo.

Pero de igual modo, debemos verlo desde la perspectiva de la definición misma del concepto de personalidad, en cuanto es la actuación del sujeto en el Derecho, y si observamos los aspectos relacionados con la identidad sexual, es evidente que tendrá una serie de situaciones que generarán que el derecho puede ser modificado por existir una indefinición en relación con la persona. En este contexto, podríamos nombrar como ejemplo el caso del servicio militar obligatorio en Colombia, pues al existir esa indefinición frente a la identidad del individuo, no se sabrá cómo debe operar el aparato estatal en dicho tema. ¿Una persona intersexual debe o no prestar servicio militar, en ese caso operará la objeción de conciencia? O desde un punto de vista administrativo en relación con la Ley de Cuotas, en el sentido en que en cada lista que se presente para los cargos de corporaciones públicas se debe contar con determinado número de mujeres, entonces ¿qué pasa si una persona intersexual decide lanzarse a una corporación pública? De estos ejemplos es que se puede evidenciar que la definición de la identidad sexual es sumamente importante para el Derecho.

En ese contexto, encontramos autores que han hecho referencia a la figura del sexo legal, que consiste básicamente en el reconocimiento del individuo como hombre o como mujer, dependiendo del reconocimiento de identidad de género que esa persona tiene para sí, independiente de cual haya sido el reconocimiento que se le hubiera dado al momento de su nacimiento.

Es a partir del reconocimiento de esta figura que la identidad sexual debe ser analizada como un atributo de la personalidad, dado que el hecho de no hacerlo tendrá implicaciones mediante las cuales el individuo no podrá actuar ante el orden jurídico, por no tener la posibilidad de identificarse sexualmente. Esta situación se ve más latente en el caso de los transexuales y los intersexua-

les, y especialmente en estos últimos, dada la ambigüedad surgida frente a los mismos.

Aunado a lo anterior y con el fin de lograr plantear los contenidos analizados de acuerdo con los aspectos planteados en la cinta *XXY*, procederemos a revisar el concepto mismo de la intersexualidad y en qué circunstancias se presenta, para poder establecer cómo opera directamente el tema de la identidad sexual.

### **3. La intersexualidad**

La condición única del sexo de las personas entre hombres y mujeres responde a la necesidad de determinar y diferenciar dicha condición, pues el sexo se debe tomar como un proceso biológico que ocurre en la concepción; es decir, en ese primer momento se diría que se establece el sexo entre masculino o femenino, mas no en otra condición. Ello responde a una ley esencia de la naturaleza, justificada de manera jurídica y científica a tal punto, que la orientación sexual en la época romana no interfiere ni afecta su calidad de persona.

Por ello, sin lugar a discusión es que la determinación y diferenciación del sexo es el punto de partida de la identidad sexual, lo cual implica los aspectos: Sicológicos, gustos, sociales, culturales, religiosos, ideológicos, mas no la diferenciación física del sexo entre hombre o mujer.

La sexualidad conlleva en un primer plano una dimensión biológica, pues el sexo es un componente netamente genético o cromosómico. Por esto el sexo tiene esta consideración de diferenciación en hombre (XY) o mujer (XX). Pero se presentan alteraciones en la información genética; es decir, ocurren problemas en el sexo genético o cromosómico, siendo de interés de este escrito los padecimientos genéticos, como el pseudohermafroditismo (masculino y femenino), el cual se examinará a través del intersexualismo.

Al partir de un concepto literal del intersexualismo, o hermafroditismo, como ha sido usualmente conocido, se puede revisar lo establecido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (s. f.), en el cual se plantea que es la “Cualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos” (s. p).

Otra definición, de carácter netamente médico, es el que podemos encontrar en el manual *Fundamentos de Ginecología*, editado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) (2009), en el que se hace referencia a la intersexualidad o a los estados intersexuales, y se afirma que:

Se definen estados intersexuales aquellos individuos con discordancia o ambigüedad respecto a los diferentes aspectos que determinan el sexo en sus distintos as-



pectos: El sexo genético (determinado según la dotación cromosómica), el gonadal (debido a la presencia de ovarios o testículos), el hormonal (determinado por los niveles hormonales presentes), y el legal (asignado por la administración) (p.183).

La intersexualidad no puede ser vista desde una sola perspectiva, sino que desde la posición del médico se ha establecido que existen varias clases de intersexualismo, a saber cuatro categorías:

1. Gonadal verdadera: Esta clase de intersexualidad, también conocida como hermafroditismo verdadero, se evidencia cuando la persona tiene tejido ovárico y testicular, lo cual genera una ambigüedad en la definición de la sexualidad de la persona. Este tipo de personas pueden presentar, desde un punto de vista cromosómico, el tipo XY como el XX.
2. Intersexualidad 46 XX (Pseudohermafroditismo femenino): En este caso, desde un punto de vista cromosómico, la persona cuenta con los de una mujer, pero sus genitales externos son masculinos.
3. Intersexualidad 46 XY (Pseudohermafroditismo masculino): Sus cromosomas son masculinos pero nace con ambigüedad genital o con genitales netamente femeninos.
4. Intersexualidad compleja o indeterminada: Quizás este es el caso menos complicado de intersexualidad, pero de igual manera genera alteraciones en el desarrollo de la persona, pues en este se presentan distintas configuraciones de cromosomas, en los cuales no se observa una real discrepancia entre los genitales externos y los internos, pero sí se generan alteraciones en los niveles hormonales sexuales del individuo. Es en este caso en el que quedaría circunscrito el Síndrome de Klinefelter, que es el expuesto en la cinta XXY.

El hecho de que se presenten los tres primeros tipos de intersexualidad, pueden generar situaciones que afectan de manera grave la condición misma de la persona, pues esa indefinición frente al sexo que le corresponde, crea problemas desde un punto de vista psicológico, tanto para el individuo como para el núcleo familiar que lo rodea. A partir de esta premisa, esta figura debe ser analizada y ver de qué manera desde un punto de vista jurídico, se le ha podido dar solución a los problemas que puedan surgir de esta situación que afecta la identidad sexual.

Al analizar estos aspectos desde la perspectiva de la cinta XXY, se encuentran problemas frente a la identificación del sujeto, pues se presenta a Alex como si este sufriera del Síndrome de Klinefelter que, como se mencionó anteriormente,

pertenece más a las situaciones relacionadas con los casos de intersexualidad compleja e indeterminada; además, sucede en casos en los cuales "...un niño varón nace con al menos un cromosoma X extra. Por lo regular, esto ocurre debido a un cromosoma X adicional. Esto se escribiría como xxy" (Medline Plus, s. f., s. p.). Lo anterior trae como consecuencia que los varones que padecen de este trastorno tengan problemas como ginecomastia (agrandamiento anormal de las glándulas mamarias), testículos pequeños y firmes, infertilidad y estatura alta. De acuerdo con lo anterior, es claro que la situación de Alex no se enmarca dentro de la sintomatología de esta enfermedad, pues desde el comienzo de la película se plantea que Alex toda su vida la ha vivido como mujer y en su caso, quizás, se trataría más de un pseudohermafroditismo femenino.

#### **4. La indefinición sexual en el caso de xxy**

Al partir de las premisas planteadas anteriormente, es relevante que analicemos lo presentado en la cinta xxy, pues allí existen grandes problemáticas que deben ser enfrentadas por el Derecho.

En primer lugar, es claro que en el caso de Alex hay una situación de ambigüedad sexual, y no se ha plasmado una ambigüedad frente a su vida, pues sus padres pese a no haber realizado su reasignación sexual, según se evidencia en la película, sí lo han criado como una mujer; razón por la cual se presenta la pelea con su amigo Vando, pues él siempre vio en Alex a una mujer, y posteriormente se lleva una sorpresa al evidenciar que quien siempre creyó que era Alex, en realidad no lo era.

De igual modo, en ese juego de las identidades sexuales, Alex conoce a Álvaro, el hijo de los amigos de sus padres, quienes llegan a visitarlos y después de varias conversaciones en las que Alex le propone a Álvaro tener sexo, este finalmente acepta para ser accedido carnalmente por parte de Alex frente a la mirada de Kraken, el padre de Alex. En este momento, es que el padre de Alex se empieza a plantear si las decisiones que ha tomado han afectado de alguna manera el crecimiento de su hijo. A partir de esta situación surge el punto culmen de la película, que es cuando Kraken habla con Alex y le dice que le apoyan la decisión de vida que pretenda llevar, frente a lo cual su hijo contesta: ¿Y si no hay nada que elegir?

#### **Conclusión**

Es este punto en que se presenta la mayor problemática para el Derecho, pues este siempre se ha preocupado por dar respuesta a las distintas situaciones de

la vida, pero ¿qué ocurre si en esta situación continua la indefinición? ¿Cómo podrá la sociedad manifestarse frente a este tipo de circunstancias? Desde la perspectiva de la intersexualidad, el Derecho ha procurado buscar que exista una definición por parte del individuo, y que el mismo sea identificado dentro de uno de los dos géneros, preferiblemente porque el así lo ha deseado, o en algunos casos porque sus padres lo hayan planteado de acuerdo con la necesidad de salvar la vida del menor.

Lo anterior, inicialmente proviene de la tendencia universal y casi infranqueable de dividir a la persona en dos sexos, y concebir como problemas de salud las condiciones sexuales distintas que a su vez ofrecen una propia identidad sexual, diferente a la de ser hombre o mujer. Esto es difícil de asimilar en nuestra cultura por las connotaciones psicológicas, sociales e ideológicas, que construyeron el paradigma de dos sexos y nada más.

Nuestro ordenamiento jurídico, en ejercicio del control de protección de derechos fundamentales, y en sede de acción de tutela, resuelve una situación del consentimiento informado frente a un menor intersexual, dando a comprender que este sexo genético no excluye la condición de ser entendido como persona ni mucho menos la protección de sus derechos, pues este tendrá derecho a la determinación de su condición sexual, al tener el respaldo constitucional, fundamentalmente en el Artículo 16 de la Constitución Política, como se puede comprender en la respuesta que Alex le da a su padre y al momento de despedirse de su amigo Álvaro, dando lugar y reconocimiento a un sexo cromosómico (intersexualidad), en el cual debe ser asimilado y admitido como persona, sin seguir hablando de masculino o femenino, sino de otras formas de vida diferentes a la identidad sexual común, las cuales tendrán amparo legal.

Lo anterior queda plenamente establecido por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-337 de 1999:

La Corte reitera que la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. Los estados intersexuales interpelan entonces nuestra capacidad de tolerancia y constituyen un desafío a la aceptación de la diferencia. Las autoridades públicas, la comunidad médica y los ciudadanos en general tenemos pues el deber de abrir un espacio a estas personas, hasta ahora silenciadas. Por ello, parafraseando las palabras anteriormente citadas del profesor William Reiner, a todos nosotros nos corresponde escuchar a estas

personas y aprender no sólo a convivir con ellas sino aprender de ellas (Sentencia SU-337 de 1999).

Al retomar el punto central del presente ensayo, es evidente que con los referentes presentados anteriormente, se debe concebir la identidad sexual como uno de los atributos de la personalidad, pues sin lugar a dudas esto permitirá que el individuo intersexual pueda participar en la vida jurídica sin que existan condiciones que puedan generar no solo una ambigüedad de carácter genital, sino desde el punto de vista jurídico.

A raíz de esto, es importante que los países no se queden solo en los pronunciamientos realizados por parte de las altas cortes, sino que ya están en mora para empezar a legislar sobre el tema y ofrecer un espacio para aquellas personas que se encuentran en ese estado de indefinición, desde el punto de vista de su identidad sexual.

## Referencias

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE). Intersexualidad. Consultada el 12 de septiembre de 2014, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=intersexual>
- Domínguez Guillen, M. C. (2009). Los atributos de las personas. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 147. Caracas, Venezuela, p.201-236.
- Medina Pabón, J. E. (2010). *Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de las personas*. Bogotá, Colombia: Editorial de la Universidad del Rosario.
- Medline Plus (s. f.). Intersexualidad. Consultada el 12 de septiembre de 2014, en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001669.htm>
- Medline Plus (s. f.). Síndrome de Klinefelter. Consultada el 12 de septiembre de 2014, en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000382.htm>
- Pérez Cruz, M. & De Diego, R. Almeida L. (2009). Estados Intersexuales I. Alteraciones de la determinación. Alteraciones prenatales de la diferenciación, pseudohermafroditismos. En *Fundamentos de Ginecología*. Madrid, España: Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO). Consultada el 12 de septiembre de 2014, en: <http://es.scribd.com/doc/163073316/2009-FUNDAMENTOS-DE-GINECOLOGIA-S-E-G-O>
- Sentencia SU-337 (1999). Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-1021 (2003). Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T-1025 (2002). Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-331 (2012). Corte Constitucional de la República de Colombia. Magistrado Ponente: José Ignacio Pretelt Chaljub.

Treviño García, R. (2002). *La persona y sus atributos*. México: Facultad de Derecho y Criminología. Universidad Autónoma de Nuevo León.

XXY (2007) [Película. Drama]. Dirección: Puenzo, L.; Producción: Puenzo, L. & Morales J. M.; Guión: Bizzio, S. & Puenzo, L.: Argentina, Francia & España.

# El secreto profesional en Colombia, regulación y sanciones por su revelación

Juan Manuel Barrero Arbeláez\*  
Diego López Cuesta\*\*

**Resumen.** El ordenamiento jurídico colombiano contempla el secreto profesional como un concepto con múltiples implicaciones jurídicas. No obstante, tanto para los abogados como para la generalidad de la población, no son claras las consecuencias de su vulneración, cuando aquellos revelan información que han obtenido de la relación profesional con sus clientes. El presente artículo es un análisis de cómo está contemplado dicho concepto en el ordenamiento jurídico colombiano, abarcando varias de las profesiones en las cuales su guarda es un deber, para posteriormente determinar las implicaciones de su revelación por parte de abogados (litigantes, asesores consultores, entre otros) en materia disciplinaria, para lo cual se tienen en cuenta la Ley, la jurisprudencia y la doctrina.

**Palabras claves:** Secreto profesional, Derecho, Medicina, Psicología, sanciones disciplinarias.

## Introducción

Actualmente, en Colombia el secreto profesional se contempla en la normatividad como un concepto con múltiples implicaciones jurídicas. No obstante, tan-

---

\* Juan Manuel Barrero Arbeláez es abogado de la Universidad de Ibagué, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Sergio Arboleda. Actualmente cursa estudios de Maestría en Derecho con énfasis en Teoría del Derecho en la Universidad Externado de Colombia. Docente en Formación de la Universidad de Ibagué, miembro del grupo de investigación Zoon Politikon, director del Semillero de Filosofía del Derecho Ius Sofos.

\*\* Diego López Cuesta es abogado de la Universidad de Ibagué. Actualmente cursa estudios de especialización en Derecho Contractual y relaciones jurídicas negociales en la Universidad Externado de Colombia.

to para los abogados como para la generalidad de los profesionales de distintas áreas y para la población en general, no son claras las consecuencias legales de su vulneración, cuando quienes están obligados a guardar cierta información que han obtenido de una relación profesional, revelan esta sin autorización de la Ley o del cliente. El presente artículo tiene como objetivo señalar en primer lugar qué es secreto profesional, para luego poner en concomitamiento del lector la regulación que este tiene en el ordenamiento jurídico colombiano en general, en distintas profesiones, dentro de las cuales se encuentran el Derecho, la Medicina, la Psicología, el Periodismo y la Contaduría Pública.

### **1. El concepto del secreto profesional**

Para entender el sentido de cualquier concepto, resulta importante conocer su etimología. Así, para el caso del secreto profesional, Fernando Corripio (1984) afirma: “Secreto: latín *secretum*, de *ser necere*: Separar, aislar. S. XII – Recóndito; enigma” (p.428). “Profesional: V. profesión” (p.381). “Profesión: latín *professio*–*onis*, de *profiteri*: Declarar. S. XII – Actividad, ocupación” (p.380).

A su vez, la Real Academia de la Lengua Española (s. f.) define las palabras secreto y profesional, así: “Secreto: Cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta”. “Profesional: 1. Dicho de una persona: Que ejerce una profesión 2. Persona que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación” (s. p.).

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el secreto profesional es la información que adquiere una persona en virtud de su desempeño en una profesión u oficio, y que debe ser conservada, conforme a la ética y la Ley.

Así mismo, la Corte Constitucional colombiana ha definido el secreto profesional como: “[...] La información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad”. En este sentido, el secreto profesional es un derecho-deber del profesional, pues “de verse compelido a revelar lo que conoce perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento (Sentencia C- 301, 2012, p. 13).

Como se aprecia en la definición anterior, la Corte le da un sentido dual al secreto profesional, al considerarlo como derecho-deber del profesional; deber, en el entendido de que el profesional debe guardarlo y derecho, ya que en principio no puede ser obligado a divulgar la información que obtuvo en ejercicio de su profesión.

Es posible concluir que el secreto profesional incluye un ámbito general y uno específico. El primero, no varía en ningún oficio y tiene una regulación

genérica. Esto debido a que en las distintas profesiones se tiene el deber de no revelar la información que los clientes les han confiado a los profesionales. Por su parte, el específico muta en las diferentes áreas, puesto que la regulación y las excepciones a la no revelación cambian en una y otra, así como las sanciones. En el desarrollo del presente artículo, se explicarán los contrastes en los puntos señalados, e iniciamos con el que hemos denominado ámbito general.

## **2. El ámbito general del secreto profesional**

La Constitución Política de Colombia en el Artículo 74, reza: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la Ley. El secreto profesional es inviolable”.

En la Gaceta Constitucional, número 134, publicada en Bogotá, el martes 29 de octubre de 1991, se establece la exposición de motivos de la inclusión del secreto profesional en la Constitución. Así, en sesión del 8 de junio de 1991, el constituyente Alberto Zalamea Costa realizó la siguiente proposición sustitutiva: “[...] Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la Ley. El secreto profesional es inviolable [...]” (s. p.).

A su vez, el día 10 de junio del mismo año, el ministro de Gobierno, Humberto de la Calle Lombana y el consejero para la Asamblea Constituyente Manuel José Cepeda, representantes del Gobierno de la época, expresaron lo siguiente:

Para el Gobierno es muy valioso el avance que representa la adopción de una Carta de Derechos Humanos [...] También resulta esperanzador, para quienes concebimos los derechos no como declaraciones sino como normas de obligatorio cumplimiento, que se hubiera adoptado la distinción entre aquellos que son de aplicación inmediata y aquellos son de desarrollo progresivo.

Sin embargo, en lo que respecta a algunos derechos, el Gobierno considera avanzar un poco más en la delimitación de su contenido y alcance. Los cien años de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado muestran que la sola lectura del texto del Artículo de la Constitución vigente no es suficiente para apreciar la amplitud de algunos derechos ni las correspondientes limitaciones o restricciones que la Constitución autoriza. Al interpretar dichos artículos, los dos altos tribunales han modificado –si se permite esta expresión– su significado.

Por lo tanto, para determinar si la reforma cambió un derecho o si ésta soluciona los problemas que existen actualmente para asegurar su protección, no basta comparar el texto de la Constitución vigente con el texto aprobado por las Comisiones



de esta Asamblea. Adicionalmente, es necesario analizar los fallos de quienes han desarrollado la Constitución.

[...] También hay un avance frente a la jurisprudencia constitucional en materia de confidencialidad de las fuentes de los periodistas. En 1977 el Consejo de Estado dijo que la reserva profesional hacía inócua el principio de responsabilidad de la prensa, consagrado en el Artículo 42 de la Constitución, porque hacía imposible precisar al responsable de informaciones injuriosas y calumniosas. Con base en este argumento, aplicó la excepción de inconstitucionalidad a una Ley que establecía la reserva, y por falta de norma legal declaró la nulidad de la norma reglamentaria que había sido demandada. Por lo tanto, es conveniente en aras de garantizar la libertad de prensa establecer el secreto profesional como principio general, tal como lo hace la ponencia, sin que esto implique que en situaciones extremas puedan establecerse excepciones taxativas (Gaceta Constitucional Colombia, 1991, s. p.)

El ministro de la Calle y el consejero Cepeda opinaron que la labor de la Asamblea Constituyente constituía un gran avance, puesto que era importante desarrollar una Carta de Derechos Humanos que diferenciara los derechos de aplicación inmediata y de desarrollo progresivo. Además, era necesario que se delimitara el alcance y contenido de algunos derechos, ya que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado modificaban su significado, pues no solo bastaba comparar el texto de la Constitución vigente de la época (1886) y los artículos aprobados por las comisiones, sino que se debía revisar la jurisprudencia para conocer el alcance que esta le provee a los derechos.

Además de lo mencionado, en las gacetas constitucionales que se publicaron no se encuentra un mayor desarrollo del concepto de secreto profesional. Por palabras del ministro de Gobierno, en cuanto a la libertad de prensa se refiere, parece que esta figura se creó con el fin de proteger este derecho en relación con las fuentes de información de los periodistas.

Se puede observar también, que el texto que propuso el constituyente Zalamea no difiere en nada del texto del Artículo 74 de la Constitución vigente; además, no tiene las excepciones taxativas que mencionó el ministro para evitar el absolutismo de este derecho. Por lo tanto, se puede deducir que dicha tarea sería de competencia del Legislador. Pareciera también que al no ser clara, precisa y suficiente, la exposición de motivos en cuanto al por qué de la inviolabilidad del secreto profesional, la interpretación del alcance y contenido de este precepto solo le corresponde a la Corte Constitucional, toda vez que es esta entidad la encargada de interpretar las normas y principios constitucionales.

Como se expresó anteriormente, es común para todos los profesionales el deber de guardar el secreto profesional, sin importar el oficio en particular. Sin embargo, las sanciones y excepciones a esta regla general varían sustancialmente en cada área del conocimiento, por esto se estudiará a continuación el ámbito específico del secreto profesional.

### **3. El ámbito específico del secreto profesional**

Como se explicó, el secreto profesional tiene un ámbito general y uno específico. Este último cambia de acuerdo a la profesión u oficio. El punto central de este artículo, se encuentra dentro del terreno del ejercicio profesional del abogado, pero antes de ubicarnos en esa esfera, se torna indispensable estudiar el ámbito específico del secreto profesional, toda vez que este contorno varía en cada disciplina. A causa de ello, se vuelve necesario relacionar y analizar, tanto las excepciones a la guarda del secreto profesional, como las sanciones que se derivan por su revelación en los diferentes oficios.

#### **3.1. Medicina**

El Código de Ética Médica (Ley 23 de 1981) reglamenta todo lo relacionado con el secreto profesional en el ejercicio de la Medicina. En concreto, el Código regula los siguientes aspectos: El deber médico de guardar el secreto profesional, las sanciones que se pueden imponer a los médicos que violen el secreto profesional, el tribunal competente para imponer las sanciones y los casos en que se puede revelar el secreto por los profesionales de la Medicina.

En detalle, el Artículo 37 del Código de Ética Médica establece que es deber del médico guardar el secreto profesional, salvo en los casos establecidos en la Ley; luego, en el Artículo 83, se permite al Tribunal Ético Profesional imponer las siguientes sanciones, de acuerdo con la gravedad de los hechos y circunstancias: “a) Amonestación privada; b) Censura, que podrá ser: 1. Escrita pero privada. 2. Escrita y pública. 3. Verbal y pública. c) Suspensión en el ejercicio de la Medicina hasta por seis meses; d) Suspensión en el ejercicio de la Medicina, hasta por cinco años”.

Enseguida, en el Artículo 38 del Estatuto mencionado, se permite revelar el secreto profesional, con fundamento en los consejos que dicte la prudencia, en los siguientes casos:

- a) al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga; b) a los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento; c) a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente

incapaces; d) a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley; e) a los interesados cuando por defectos físicos irremediabiles o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia.

En este punto conviene detenerse un momento, con el fin de destacar la Sentencia C-264 de 1996 de la Corte Constitucional. Providencia en la que se analizaron las excepciones transcritas y se declararon exequibles, con fundamento en las razones que se particularizan a continuación:

Respecto de la primera excepción, al enfermo, en aquello que estrictamente le concierne o convenga, la Corte establece que no tiene tal condición (excepción), ya que informarle al paciente su condición médica, los tratamientos para seguir y los riesgos de los mismos, son un deber del profesional, toda vez que en la medida que el paciente conozca su condición, puede tomar las decisiones que él considere adecuadas para su vivir, obviamente, con las recomendaciones médicas que le realice el tratante (Sentencia C-264-1996).

Sobre el segundo presupuesto, a los familiares del enfermo, si la revelación es útil al tratamiento, se deben tener en cuenta dos pautas. La primera, es saber si el paciente tiene la facultad mental de entender las implicaciones de revelar la información a sus parientes. En este supuesto, el médico debe obtener el consentimiento del paciente, porque de no hacerlo, estaría vulnerando su derecho al libre desarrollo de la personalidad. En cambio, si el paciente no tiene conciencia o la facultad mental de expresar su voluntad, respecto de la revelación de la información, esta se debe comunicar a sus familiares, quienes reemplazarán el consentimiento del paciente, debido a que este se encuentra en imposibilidad de expresarlo (Sentencia C-264-1996).

La tercera excepción, a los responsables del paciente, cuando se trate de menores de edad o de personas mentalmente incapaces, es constitucional para la Corte, sin perjuicio de que el menor se pueda expresar, para lo cual se debe tener en cuenta su grado de madurez y el impacto del tratamiento (protección al libre desarrollo de la personalidad), pero de no poder hacerlo, se debe informar a sus familiares o representantes, para que estos velen por su integridad (Sentencia C-264-1996).

Se puede ahora abordar el enunciado *d*, a las autoridades judiciales o de higiene y salud, en los casos previstos por la Ley. Sobre este punto, la Corte Constitucional estima que el médico vulnera el secreto profesional si cuando rinde el informe epidemiológico o sanitario, individualiza al paciente. Entonces, el médico debe reportar la novedad sin especificar los datos personales

del paciente, salvo que este lo autorice. A su vez, el médico debe guardar la información que le ha suministrado el paciente, cuando su revelación pueda implicar la autoincriminación del mismo (Sentencia C-264-1996).

En este punto, es importante estudiar el Artículo 218 del actual Código de Procedimiento Penal, puesto que nos permite complementar lo relacionado con la no vulneración del secreto profesional por parte de los médicos; veamos su contenido:

Artículo 218. Aviso de ingreso de presuntas víctimas. Quien en hospital, puesto de salud, clínica, consultorio médico u otro establecimiento similar, público o particular, reciba o dé entrada a persona a la cual se le hubiese ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, dará aviso inmediatamente a la dependencia de policía judicial que le sea más próxima o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar.

Sobre el tema que nos ocupa, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, manifestó lo siguiente: “[...] en cuanto al suministro de información a las autoridades, ciertamente el Artículo 336 del anterior Código de Procedimiento Penal (así como el Artículo 291 del vigente), apenas obliga al médico o personal encargado a dar aviso del ingreso al centro asistencial de la persona que padezca un daño en el cuerpo o en la salud, pero no más” [Subrayas fuera de texto] (Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Penal, M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Proceso N° 14043 de 2002, p. 56).

Es significativo subrayar que en esta Sentencia de la Corte Suprema de Justicia se aplica la pauta señalada por la Sentencia C-264 de 1996, en el entendido de que el médico solo debe informar el ingreso de personas que padezcan daños en el cuerpo o la salud, pero no deben revelar información que le ha confiado el paciente, toda vez que puede llegar a constituirse una autoincriminación.

En el último presupuesto, a los interesados, cuando por defectos físicos irremediables o enfermedades graves infecto-contagiosas o hereditarias, se pongan en peligro la vida del cónyuge o de su descendencia, se establece por parte del Legislador una protección a la vida, por encima del secreto profesional, lo cual está en concordancia con la Sentencia C-411-93. En efecto, en esta se manifiesta que puede ser viable la violación del secreto profesional en situaciones extremas, como en el riesgo de la vida del cónyuge y los descendientes, que pueden ser niños. De esta manera, se protegen los derechos de los niños, que prevalecen, y la igualdad en la vida de pareja. Para que se pueda dar esta excepción, el peligro sobre la vida de los mencionados debe ser cierto y,

el revelar la información, el único medio idóneo para evitar el daño (Sentencia C-264, 1996).

Para terminar, se debe realizar que el Artículo 39 del Código de Ética Médica, aprobado a través de la Ley 23 de 1981, consagra que el médico velará porque sus auxiliares guarden el secreto profesional. Sin embargo, el Decreto 3380 de 1981, que reglamenta el Estatuto mencionado, establece en su Artículo 24 que el médico no es responsable si un auxiliar revela el secreto profesional.

### **3.2. Psicología**

La Ley 1090 de 2010 regula la profesión de Psicología. En dicha Ley se establece que el psicólogo tiene el deber de guardar el secreto profesional. De no cumplir con esta obligación, de acuerdo con el Artículo 79 de la Ley citada, el Tribunal Nacional o Departamental Deontológico y Bioético de Psicología, puede imponerle cualquiera de las siguientes sanciones: “1. Amonestación verbal de carácter privado. 2. Amonestación escrita de carácter privado. 3. Censura escrita de carácter público. 4. Suspensión temporal del ejercicio de la psicología”.

Es muy importante señalar que, a diferencia del médico, el psicólogo no tiene una reglamentación legal en cuanto a excepciones, que le permita revelar en ciertas circunstancias el secreto profesional, sin tener sanciones por dicha acción. La única mención que realiza la Ley sobre este punto, reposa en su Artículo 2, numeral 3:

[...] 3. Confidencialidad. Los psicólogos tienen una obligación básica respecto a la confidencialidad de la información obtenida de las personas en el desarrollo de su trabajo como psicólogos. Revelarán tal información a los demás solo con el consentimiento de la persona o del representante legal de la persona, excepto en aquellas circunstancias particulares en que no hacerlo llevaría a un evidente daño a la persona u a otros. Los psicólogos informarán a sus usuarios de las limitaciones legales de la confidencialidad. [Subrayas fuera de texto].

De lo anterior, se desprende que en dos eventos el psicólogo puede revelar la información confiada. Primero, cuando el paciente o su representante legal autorice la revelación y segundo, en el evento de que con la no revelación de la información se cause un daño evidente al paciente o a un tercero.

Esta descripción sería incompleta, si se deja de lado la doctrina que ha ido erigiendo el Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología en Colombia. Una indagación permite encontrar la Doctrina N° 2 (15 de marzo de 2012) y percatarse de que en ella se realiza un estudio muy acucioso res-

pecto del secreto profesional del psicólogo y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Esta doctrina se desarrolla dentro de la esfera de dos conceptos: El secreto profesional y el valor relativo de los derechos. Las conclusiones a las que llega el Tribunal Nacional son las siguientes:

1. Acoger la norma constitucional y legal que prescribe la inviolabilidad del secreto profesional.
2. Defender los postulados de la Corte Constitucional que considera como no escritas, las normas legales que prescriben salvedades al Secreto Profesional.
3. Aceptar y ratificar que la violación del Secreto Profesional por parte del psicólogo, tendrá que ser investigada por los Tribunales Deontológicos y Bioéticos de Psicología, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1090 de 2006.
4. Reconocer que hay ocasiones en que la información dada al psicólogo, así como los resultados de sus evaluaciones, pueden llegar a ser de dominio público o de conocimiento de terceros y, que en esos casos, el psicólogo debe acudir al consentimiento informado en donde se debe expresar de manera clara y explícita tal situación.
5. Admitir que cuando el profesional de la Psicología estime conveniente revelar el secreto profesional, porque de no hacerlo llevaría a un evidente daño a la persona o a terceros, lo hará bajo su entera responsabilidad. En estos casos, deberá recurrirse en su defensa, al principio ético doctrinal universal del mal menor y a las causales justificativas del hecho, consagradas en el Artículo 32 de la Ley 599 de 2000.
6. Convenir que antes de tomarse cualquier decisión en cuanto a violar la reserva de sus consultantes, deberá hacerse por el psicólogo un profundo análisis, apoyándose en cualquiera de las estrategias recomendadas para ello, en especial, en los diez pasos para la toma de decisiones consagrados en el Código de Ética de Canadá o en las recomendaciones que hace el Meta Código Europeo de Ética del Psicólogo.
7. Acordar que en todo caso, el psicólogo deberá informar a sus consultantes sobre las limitaciones al Secreto Profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5 del Artículo 2 de la Ley 1090 de 2006; si el consultante está de acuerdo, se debe consignar dicha limitación en el Consentimiento Informado. Pero si el consultante no está de acuerdo, y aun así el psicólogo lo acepta en consulta, deberá respetar su compromiso y bajo ninguna circunstancia revelará el secreto profesional, sin la expresa autorización del consultante. De hacerlo, lo hará siguiendo lo dispuesto en los numerales 4 y 5 de la Doctrina N° 2.
8. Las consideraciones expuestas en la presente doctrina, serán las que guíen la actuación de los Magistrados de los Tribunales Deontológicos y Bioéticos de Psicología, cuando se esté investigando la conducta de un colega, relacionada con la

violación del secreto profesional. (Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología, Doctrina N° 2, 2012, p.7 y 8).

En los numerales 4 y 5 de las conclusiones citadas, se desarrolla el Artículo 2, numeral 5 de la Ley 1090 de 2006. De estos dos numerales, se desprende el valor que se le asigna al consentimiento informado, y la relevancia que este tiene para excusar la reserva del secreto profesional del psicólogo. Además, en el numeral 8 de la Doctrina N° 2 del Tribunal, se estableció que esta doctrina debe ser la carta de navegación de los magistrados al momento de imponer sanciones a los psicólogos por revelar el secreto profesional.

Al llegar a este punto, resulta que la vulneración del secreto profesional en determinados casos, que ya se explicaron, puede generar sanciones al profesional que lo revele, pero en ningún caso, de lo visto hasta el momento, se estructura una sanción por no difundir la información; el no divulgarla, es una facultad que le concierne únicamente al profesional, quien de acuerdo a sus virtudes éticas, decidirá desvelar o no la información que le ha sido confiada.

### **3.3. Periodismo**

La Ley 51 de 1975 no regula las sanciones que se le pueden imponer a un periodista por revelación del secreto profesional. Pese a lo anterior, la Ley 1016 de 2005 en su Artículo 7, menciona que las organizaciones, tanto gremiales o sindicales, debían divulgar y actualizar sus estatutos y sus códigos de ética, de conformidad con la Ley citada, y dentro del término de seis (6) meses siguientes la sanción de la misma.

El 31 de agosto de 2006, el Círculo de Periodistas de Bogotá, dando cumplimiento a lo anterior, expidió un Código de Ética para sus miembros, el cual en su Artículo 2 consagra que el periodista tiene un compromiso con la verdad, y que esta prevalece sobre la fuente. El numeral 1 del Artículo mencionado, expresa que el conocimiento de la fuente por parte del público le da más credibilidad a la información. Resulta significativo que, no obstante estas indicaciones, el periodista se puede comprometer a no revelar la fuente de su información cuando la revelación de esta ponga en peligro su seguridad o la labor de la fuente; en otros términos, solo en estos dos casos, el periodista debe guardar el secreto de la información que ha obtenido.

Sin embargo, aun comprometiéndose a guardar el secreto profesional, el periodista puede exonerarse de responsabilidad y revelarlo en dos circunstancias: “a) Cuando haya sido engañado por la fuente; b) Cuando la fuente, por su propia voluntad, decida darse a conocer en determinada circunstancia”.

Por su parte, el numeral 2 del Artículo 2, consagra lo siguiente: “El secreto profesional o reserva de la fuente, que es inviolable, tiene por objeto proteger de la exposición pública a la fuente; en ningún caso deberá amparar la falta de consistencia de la información ni releva al periodista de su deber de verificar los hechos”.

De lo dicho, se puede sacar en limpio que las sanciones por revelar el secreto profesional se consagran, regulan e imponen, por las diferentes organizaciones gremiales o sindicales de periodistas, de acuerdo a sus códigos de ética; buen ejemplo de ello se encuentra en la regulación ética del Círculo de Periodistas de Bogotá; en ella, no se instituye ninguna sanción por la revelación del secreto profesional.

### ***3.4. En la Contaduría Pública***

La Ley 43 de 1990 regula las profesiones de contador público y revisor fiscal. Es importante destacar que es deber de estos profesionales guardar el secreto profesional, salvo que por disposición legal se levante esa prohibición (Artículo 63). La Junta Central de Contadores, órgano encargado de inspeccionar que los profesionales ejecuten su trabajo de acuerdo con su reglamentación, tiene la facultad, según el Artículo 23 de la Ley en cita de imponer: “a) Amonestaciones en el caso de fallas leves; b) multas sucesivas hasta de cinco salarios mínimos cada una; c) suspensión de la inscripción o cancelación de la inscripción como contador público”.

Por su parte, el Artículo 7 del Ley 1474 de 2011 (Nuevo Estatuto Anticorrupción), adicionó un numeral a las causales de cancelación de la inscripción como contador público. Este numeral expresa:

Cuando se actúe en calidad de revisor fiscal, no denunciar o poner en conocimiento de la autoridad disciplinaria o fiscal correspondiente, los actos de corrupción que haya encontrado en el ejercicio de su cargo, dentro de los seis (6) meses siguientes a que haya conocido el hecho o tuviera la obligación legal de conocerlo, actos de corrupción (sic). En relación con actos de corrupción no procederá el secreto profesional [Subrayas fuera de texto].

Ahora es necesario estudiar lo manifestado por la Corte Constitucional, en las Sentencias C-200-12 y C- 630-12; en la primera de ellas, examinó la constitucionalidad del aparte subrayado del numeral 5 del Artículo 7 de la Ley 1474 del 2011 y, en la segunda analizó el resto del citado numeral.



La Corte aclaró que la Revisoría Fiscal se diferencia de la Contaduría Pública, en el entendido que el revisor es un garante de la legalidad de las actuaciones de las empresas, y que sus servicios no se circunscriben a la esfera particular, como en el caso del contador, sino que trascienden a la esfera pública, por los valores que protege. En palabras de la Corte, las funciones del primero de los nombrados, son: “[...] No se agotan en la asesoría privada de una persona jurídica, sino que por el contrario, su función esencial es la de garantizar la estabilidad económica y social de una comunidad, que confía que éste pondrá en conocimiento de las autoridades cualquier irregularidad que ponga en riesgo la estabilidad de la empresa” [Subrayas fuera de texto] (Sentencia C-630, 2012, p.25).

Según la misma Corporación, el Legislador en virtud de su potestad de configuración legislativa, puede establecer una limitación al secreto profesional, cuando la relación entre el profesional y el cliente trasciende de la esfera íntima y puede afectar derechos de mayor envergadura, que inciden en el Estado y en todo el conglomerado social. Entonces, es deber del revisor fiscal denunciar los actos de corrupción que evidencia en desarrollo de su profesión, y de no hacerlo, pueden derivarse en su contra consecuencias disciplinarias, penales y hasta civiles.

Es significativa la importancia del siguiente razonamiento de la Corte Constitucional colombiana. La Corte agrega que: “Para la jurisprudencia de esta Corporación, el secreto profesional establecido en la Carta Política (Artículo 74), no es un valor absoluto, pues debe analizarse en cada caso concreto, a la luz de la cercanía de la profesión con la intimidad personal y de los fines del ejercicio de la misma” [Subrayas fuera de texto] (Sentencia C-630, 2012, p. 26).

Con este pronunciamiento, la Corte dejó abierta la posibilidad al Legislador, a los tribunales disciplinarios de cada profesión, al juez de tutela y constitucional (y a todas entidades que decidan sobre el secreto profesional), de establecer en qué casos este secreto puede revelarse sin consecuencias jurídicas negativas para el profesional y, en qué casos por política pública (de acuerdo al valor de los derechos que se pretendan proteger), la información que obtenga, perciba, descubra, el profesional en desarrollo de sus funciones, no constituye, per se, secreto profesional.

#### **4. Derecho**

##### ***4.1. El Código Disciplinario del Abogado y la Constitución Política de 1991***

Después de analizar la regulación del secreto profesional en las diferentes profesiones, se hace necesario estudiar específicamente el ejercicio del Derecho

por parte de los profesionales de esta disciplina que no son servidores públicos (litigantes, asesores, consultores, entre otros). Así, se encuentra que en el ordenamiento jurídico colombiano, la regulación del régimen disciplinario del abogado está contemplada en la Ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado. Respecto a su finalidad, se manifestó en la exposición de motivos de la norma:

Con el advenimiento del nuevo modelo Constitucional (sic), el ordenamiento jurídico Colombiano (sic) ha sido objeto de múltiples reformas y variaciones, algunas en ejercicio de la labor legislativa con la expedición de nuevos Códigos (sic) y otras por virtud de las sentencias de Constitucionalidad emanadas de la Corte Constitucional.

El derecho disciplinario de los abogados no podía estar ajeno a este fenómeno. Por tal razón se pone a consideración un proyecto de Código Disciplinario que busca principalmente ponerse a tono con el actual orden constitucional, postulando cambios radicales en materia sustancial y procedimental, que apuntan hacia un proceso ágil y expedito, regentado por el principio de oralidad, al tiempo que respetuoso de las garantías fundamentales (Exposición de motivos Código Disciplinario del Abogado, 2007, p.30).

Según lo anterior, la expedición de este nuevo Código Disciplinario del Abogado es producto del establecimiento de una nueva Constitución Política que trajo consigo cambios importantes en el ejercicio del Derecho, como lo es la creación de la Corte Constitucional. Esto, debido a que el anterior Código, Decreto 196 de 1971, fue expedido en vigencia de la Constitución de 1886 y se hacía necesaria una norma que estuviese más acorde con el escenario jurídico de este tiempo.

Asimismo, dentro del escenario jurídico en que se dictó el Código actual, se hacía necesario regular los deberes y faltas de los abogados, con miras a un ejercicio de la profesión que esté más acorde con los derechos y garantías que trajo consigo la nueva norma constitucional; así se manifestó también en la exposición de motivos:

En materia sustancial, se propone un régimen de deberes y faltas que ubican al abogado dentro del rol que actualmente desempeña al interior de un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, teniendo en cuenta sus deberes y obligaciones no solo con el cliente, sino frente al Estado y a la sociedad, sancionando con mayor drasticidad aquellos comportamientos que comprometan o afecten intereses de la comunidad o al erario público. (Exposición de motivos Código Disciplinario del Abogado, 2007, p.30).

Por otro lado, y en concordancia con lo afirmado acerca de la importancia del estudio del régimen disciplinario en las otras profesiones y con el objetivo de entender mejor el sistema atinente a los abogados, se cita a continuación la exposición de motivos del Código Disciplinario del Abogado, en el cual se muestra de manera clara lo relevantes que fueron los regímenes mencionados en el capítulo anterior, para la elaboración de la Ley 1123:

[...] se examinaron los códigos deontológicos del abogado de otras latitudes, los regímenes disciplinarios de las fuerzas militares (Ley 836 de 2003), y de otras profesiones liberales como la Ingeniería (Ley 842 de 2003), la Medicina (Ley 23 de 1981), la Odontología (Ley 35 de 1989), la Contaduría (Ley 43 de 1990), la Medicina veterinaria y zootecnia (Ley 576 de 2000), así como la doctrina comparada y los trabajos de investigación y foros que sobre el tema se han desarrollado, los que valga anotar, coinciden en la inaplazable necesidad de ajustar el actual régimen disciplinario del abogado (Exposición de motivos Código Disciplinario del Abogado, 2007, p.31).

#### ***4.2. Deber de reserva***

El secreto profesional en el régimen disciplinario del abogado ha sido consagrado primero como un deber de quien ejerza el Derecho. Así está contemplado desde el Decreto 196 de 1971 (antiguo Estatuto Disciplinario del Abogado) que determinó en su Artículo 47 que: “Son deberes del abogado: [...] 5° Guardar el secreto profesional [...]”.

Por su parte, la Ley 1123, actual Código Disciplinario del Abogado, también lo establece como un deber, pero le agrega un ingrediente: El deber de guardar el secreto profesional inclusive después de concluida la prestación del servicio; lo anterior, con miras a adecuarse, como se dijo, al nuevo escenario jurídico. Este deber se encuentra contemplado así: “Artículo 28. Deberes profesionales del abogado. Son deberes del abogado [...] 9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios [...]”.

#### ***4.3. Falta por revelación del secreto profesional***

Conforme a lo anterior, el abogado debe guardar el secreto profesional en toda circunstancia, si incumple este deber comete una falta disciplinaria. Sin embargo, la Ley contempla diferentes situaciones excepcionales en que es permitida su revelación. De esta forma, en el Decreto 196 de 1971 se contempló de la siguiente manera: “Artículo 53. Constituyen faltas de lealtad con el cliente: [...] 5° Comunicar o utilizar indebidamente los secretos que le haya confiado

el cliente, aún en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito [...]”.

Por su parte, la Ley 1123 de 2007, actual Código Disciplinario del Abogado establece:

Artículo 34. Constituyen faltas de lealtad con el cliente: [...] f) Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aun en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito; [...] Literal subrayado **condicionalmente** exequible siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del Artículo 22 de la Ley 1123 de 2007 [Negrilla fuera de texto] (Sentencia C- 301, 2012).

A su vez, el numeral 4 del Artículo mencionado, establece: “Artículo 22. Causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria. No habrá lugar a responsabilidad disciplinaria cuando: [...] i. Se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad [...]”.

Como se puede observar de los artículos citados, en cuanto a la falta disciplinaria, las normas de 1971 y 2007 parecen en esencia iguales; no obstante, hay dos diferencias sustanciales:

1. La expresión *Comunicar* o utilizar indebidamente los secretos que le haya confiado el cliente de la Ley 196 constituía un vacío normativo, pues daba a entender que habían situaciones diferentes a las mencionadas en el mismo numeral, en las cuales se podía utilizar o comunicar debidamente el secreto profesional, pero no se decía cuándo. En cambio, la Ley 1123 es mucho más restringida, ya que se sustituyó la expresión anterior por *Revelar o utilizar* los secretos que le haya confiado el cliente.
2. La norma actual (Ley 1123) fue revisada por la Corte Constitucional y producto de ello, se declaró su exequibilidad condicionada, dándole un alcance e implicaciones diferentes; por lo anterior, en el numeral 5 del presente Artículo se estudiará en la Sentencia C-301 de 2012.

#### ***4.4. Sanción por la revelación del secreto profesional***

El Decreto 196 de 1971 establecía a partir del Artículo 57 las sanciones a los abogados que cometieran faltas disciplinarias. Entre las primeras, se encuentran la amonestación o reprensión privada, censura o reprobación pública, sus-

pensión o exclusión del ejercicio de la abogacía. Estas se aplicaban al tener en cuenta la gravedad, modalidades y circunstancias de la falta, los motivos determinantes, los antecedentes personales y profesionales del infractor, sin perjuicio de las acciones y sanciones civiles y penales a que hubiere lugar. De igual manera, se anotaban en el Registro del abogado y, excepto la amonestación, se publicaban en la Gaceta del Foro o en su defecto, en el Diario Oficial.

De lo anterior, se puede destacar el hecho de que en el evento en que un abogado cometiere la falta de revelación del secreto profesional, debería analizarse el hecho y sus circunstancias, con miras a aplicar la sanción correspondiente.

A su vez, la Ley 1123 de 2007, a partir de su Artículo 40, establece como sanciones disciplinarias: Censura, multa de un (1) a cien (100) SMMLV, dependiendo de la gravedad de la falta, y la suspensión de dos (2) meses a (3) tres años o la exclusión del ejercicio de la profesión, las cuales se impondrán atendiendo los criterios de graduación, trascendencia social de la conducta, confesión de la falta antes de la formulación de cargos y afectación de Derechos Humanos, entre otros. Dicha sanción se inscribe en el de Registro Nacional de Abogados.

De esta norma, se puede destacar que también se hace necesario analizar la conducta específicamente, con miras a determinar la sanción a que se haría merecedor el abogado que cometiera la falta de revelación del secreto profesional.

Se puede observar un cambio en las sanciones en el tránsito legislativo, pues de una norma a otra desapareció la amonestación y apareció la multa, así como también se determinaron taxativamente los criterios de graduación.

#### ***4.5. Excepciones a la inviolabilidad del secreto profesional***

Antes de analizar la Sentencia C-301 de 2012, se hace necesario presentar las excepciones a la inviolabilidad de los secretos profesionales contemplados en el literal f del Artículo 34 de la Ley 1123 de 2007, estas son:

1. Autorización escrita del cliente: Esta primera excepción radica en la manifestación de voluntad del cliente, que se superpone, según el precepto citado, a la inviolabilidad del secreto profesional; dicha expresión no es simple, toda vez que requiere la formalidad del escrito para que no haya lugar a la sanción disciplinaria del abogado.
2. Necesidad de hacer la revelación para evitar la comisión de un delito: Esta es una expresión de la aplicación del principio de interés superior, traída

a la esfera del secreto profesional, cuyo contenido se declaró exequible condicionalmente, conforme a los puntos que se señalarán a continuación.

## 5. Sentencia C-301 de 2012

Se procede a analizar la Sentencia C-301 de 2012, proferida por la Corte Constitucional de Colombia en un juicio de constitucionalidad. Esta providencia es muy importante para el régimen disciplinario del abogado, puesto que permitió una excepción al deber de guardar el secreto profesional. Además, estableció unos parámetros que debe tener en cuenta el juez disciplinario al momento de tomar su decisión. Por todo lo dicho, se hace necesario un examen de esta Sentencia para comprender, describir y aplicar, la excepción a la guarda del secreto profesional (Ley 1123 de 2007, Artículo 34 literal f, para evitar la comisión de un delito) de una manera adecuada.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el señor Luís Carlos Galván Galván presentó demanda de inconstitucionalidad contra el literal f) del Artículo 34 (parcial) de la Ley 1123 de 2007. Artículo antes transcrito, específicamente la expresión *o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito*, la cual constituye una de las excepciones planteadas. Dicha acción se presentó con fundamento en los siguientes argumentos:

Afirma el actor que el secreto profesional en la actividad de los abogados es especialmente significativo dado que las personas que acuden a sus servicios tienen ‘problemas con la Ley’, y es por ello que lo previsto en el literal demandado afecta la confianza que debe presidir las relaciones entre los abogados y sus clientes. Asimismo, señala que el Legislador debe limitar la autorización de divulgación de información ‘exigiéndole como mínimo al abogado que sea inminente la consumación del delito por parte de su cliente y que este sea grave [...]’ (Sentencia C-301 de 2012).

El accionante Galván Galván agrega que la causal de excepción al deber de guardar el secreto profesional por parte de los abogados es inconstitucional, porque adolece de claridad, y tal carencia puede constituir un vacío, que fácilmente se puede prestar a deslealtades y arbitrariedades por parte de los abogados.

Finalmente, el accionante afirma que el establecimiento de la excepción de manera genérica para todo tipo de delitos, constituye una vulneración al derecho a la igualdad, pues en otras profesiones, la revelación es permitida solo para casos graves.

De conformidad con las palabras de la Corte Constitucional, el problema jurídico en este caso, es el siguiente:

Según el Artículo 74 de la Constitución ‘el secreto profesional es inviolable’, lo que impone el deber de reserva al profesional a quien se le confía y la oponibilidad de dicho deber a particulares y autoridades. En este sentido, la Ley 1123 de 2007 califica como falta disciplinaria la revelación o utilización de los secretos confiados por el cliente sin su autorización escrita (Artículo 34, literal f), salvo su revelación por la necesidad de evitar la comisión de un delito.

Corresponde a la Corte Constitucional determinar si la norma demandada vulnera el secreto profesional, así como también, los derechos a la defensa, a la intimidad, al buen nombre y a la igualdad (Sentencia C- 301 de 2012, p.12).

Así las cosas, la Corte manifiesta que la norma demandada no vulnera el secreto profesional, sino que consagra un estado excepcional que se debe ceñir a los criterios de las causales de exclusión de la responsabilidad contempladas en la Ley disciplinaria del abogado. Señala que la causal que se aplica en este caso es el *estado de necesidad*.

El Tribunal Constitucional inicia con una cita de Claus Roxin (1997) en su obra *Derecho penal, Parte general I*, en la que se manifiesta que: “Las alusiones a la antijuridicidad o a la culpabilidad contempladas en los tipos penales son aquellas que permiten excepcionalmente una conducta típica, mientras que los elementos del tipo formulados negativamente sirven para controlar una conducta generalmente adecuada” (p.291; Sentencia C-301, 2012, p.35). De acuerdo con lo anterior, la Corte considera que la expresión “o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito” no constituye el planteamiento de una conducta generalmente adecuada sino una norma que permite excepcionalmente la comisión de una conducta típica; es decir, una causal de ausencia de responsabilidad, por cuanto guardar el secreto profesional es un deber del abogado.

Se puede agregar a lo argumentado, que una situación diferente sería si el Legislador hubiera planteado la norma de manera negativa, por ejemplo: “Constituye falta disciplinaria del abogado: No revelar el secreto profesional para evitar la comisión de un delito”.

Por otra parte, la Corte manifiesta que la expresión “o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”, constituye una alusión al *estado de necesidad*, el cual, según Roxin, Jescheck y Weigend (2002), contiene los siguientes elementos:

(i) En primer lugar, el estado de necesidad exige la existencia de un peligro actual o inminente para un bien jurídico, entendido como la posibilidad de que el mismo sea lesionado desde una posición ex ante, es decir, desde una perspectiva previa al hecho. En el caso de la expresión demandada, el peligro para el bien jurídico está constituido por el riesgo de ser afectado por la comisión de un delito.

(ii) En segundo lugar, se requiere la ponderación de intereses entre un bien jurídico que debe ser tutelado y otro que debe ser lesionado para salvaguardar el primero. Esta ponderación de intereses implicaría la salvaguarda del bien jurídico que pudiera ser afectado por el delito que se pretende impedir y sacrificando el secreto profesional.

(iii) En tercer lugar, el estado de necesidad no puede aplicarse de manera ilimitada, sino que se requiere que la conducta realizada constituya un medio idóneo para hacer frente al peligro (Sentencia C-301, 2012, p.37 y 38).

La Corte aplicó este requisito de acuerdo con el numeral 4° del Artículo 22 de la Ley 1123 de 2007, ya que allí se exige el análisis de los criterios de: Necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de ser útil en casos difíciles, puesto que la norma está planteada de manera abstracta, y de ser estudiado sin estos criterios, estaría permitida la revelación del secreto profesional, en cualquier circunstancia, vulnerando su característica general de inviolable.

Con fundamento en todo lo anterior, la Corte Constitucional resuelve: “Declarar exequible la expresión ‘o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito’ contemplada en el literal f) del Artículo 34 de la Ley 1123 de 2007, siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del Artículo 22 de la Ley 1123 de 2007” (Sentencia C-301, 2012, p.42).

## **Conclusiones**

El secreto profesional es una garantía constitucional establecida para amparar al cliente y al profesional de que la información que se intercambie en desarrollo del servicio prestado no pueda ser obtenida en contra de la voluntad de las partes ni por autoridad judicial ni administrativa, lo cual permite armonía y confianza entre el cliente y el profesional.

Al igual que todos los derechos, el secreto profesional no es absoluto. Por lo tanto, la Ley y la jurisprudencia se han encargado de establecer, de acuerdo a cada profesión, las causales en las cuales el profesional puede revelar la información confiada sin obtener una sanción disciplinaria. El abogado solo puede revelarlo sin tener sanción disciplinaria, en los siguientes eventos: Cuando el



cliente lo ha autorizado expresamente por escrito o cuando se desvela para evitar la comisión de un delito, con las precisiones establecidas en la Sentencia C-301 de 2012. Lo anterior permite deducir que en la legislación y jurisprudencia vigente no se ha establecido que el profesional del Derecho deba revelar el secreto profesional por orden de autoridad judicial o administrativa, y ni siquiera con permiso de estas, en el evento de que el abogado decida revelar la información arcana.

Por otra parte, el desarrollo del secreto profesional del abogado en Colombia, en comparación con el sistema aplicado en los Estados Unidos y en la Unión Europea, ha sido poco desarrollado, tanto así, que los casos en que se permite revelarlos son reducidos, quizá también por dar garantías al cliente.

## Referencias

- Código Disciplinario del Abogado (2007). Consultada el 17 de junio de 2015, en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22962>
- Código de Ética Médica (1981). Consultada el 17 de junio de 2015, en: [http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-103905\\_archivo\\_pdf.pdf](http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-103905_archivo_pdf.pdf)
- Código de Ética, Círculo de Periodistas de Bogotá (2006). Consultada el 17 de junio de 2015, en: <http://circulodeperiodistasdebogota.com/wp-content/uploads/2012/02/1CODIGOETICACPB2006.pdf>.
- Corripio, F. (1984). *Diccionario etimológico general de la lengua castellana*. Barcelona, España: Editorial Bruguera, S.A.
- Diccionario de la Lengua Española (RAE) (s.f.). Profesional. Consultada 17 de junio de 2015, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=Profesi%C3%B3n>
- Diccionario de la Lengua Española (RAE) (s.f.). Secreto. Consultada el 17 de junio de 2015, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=Secreto>
- Exposición de motivos de la Ley 1123 de 2007. Consultada el 17 de junio de 2015, en: [https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1KMZB\\_enco577co577&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#](https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1KMZB_enco577co577&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#)
- Gaceta Constitucional Colombia (1991). Número 134. Bogotá, Colombia. Consultada en: octubre del 2013. [http://www.elabedul.net/Documentos/Gacetas/Gacet\\_101-144/gaceta\\_134.php](http://www.elabedul.net/Documentos/Gacetas/Gacet_101-144/gaceta_134.php)
- Ley 43 de 1990. Consultada el 17 de junio de 2015, en: [http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-104547\\_archivo\\_pdf.pdf](http://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-104547_archivo_pdf.pdf) Ley 43 de 1990
- Ley 1474 de 2011. Consultada el 17 de junio de 2015 en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43292>

- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general I* (Traducción de Luzón Peña, D.M., Díaz, M., García Conlledo & Remesal, J. de V.), Madrid, España: Civitas.
- Roxin, C., Jescheck, H.H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general* (Traducción de Olmedo Cardenete, M.). Granada, España: Comares.
- Sentencia C-411(1993). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-264 (1996). Corte Constitucional de Colombia (1996). Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia (2002, 7 de marzo). Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso 14043. Magistrado Ponente: Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- Sentencia C-200 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Sentencia C-301 (2012). Corte Constitucional de Colombia (2012). Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-540 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología (2012, marzo15). Doctrina N° 02. Consultada el 17 de junio de 2015, en: [http://www.colpsic.org.co/aym\\_image/files/DOCTRINA\\_NO\\_02-SECRETO\\_PROFESIONAL.pdf](http://www.colpsic.org.co/aym_image/files/DOCTRINA_NO_02-SECRETO_PROFESIONAL.pdf)

### **Bibliografía recomendada**

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de derecho penal. Parte general*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.



# Precisiones acerca del criterio de sostenibilidad fiscal: Lo que va de lo semántico a lo jurídico<sup>1</sup>

María Alejandra Rengifo Villamil\*  
Ángela Gabriela Valencia Valderrama\*\*

**Resumen.** Las controversias suscitadas en torno a la sostenibilidad fiscal y al papel que está llamado a jugar en el ordenamiento jurídico colombiano, hacen necesario una revisión de las implicaciones jurídicas al considerarlo indistintamente como derecho, principio o criterio, toda vez que adoptar una o u otra concepción de la sostenibilidad fiscal tiene importantes consecuencias para la consolidación de un Estado Social de Derecho. Es así como nos genera incertidumbre que a la fecha de hoy no exista una precisión conceptual sobre la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal, pues esta figura desde su incorporación en el Artículo 334 de la Constitución Política de 1991, e incluso antes, ha dejado de ser un concepto netamente contable, estudiado solo por los economistas, para convertirse en un asunto que no solo le incumbe al Derecho sino que además le impone la tarea de otorgarle una precisión conceptual dentro de sus categorías: Principio, derecho o criterio. Esta cuestión es abordada en el presente artículo, al tener en cuenta los antecedentes de la figura, su consagración constitucional y desarrollo jurisprudencial.

**Palabras claves:** Sostenibilidad fiscal, principio, derecho, criterio, marco.

---

<sup>1</sup> Trabajo derivado de la monografía jurídica elaborada por las autoras y titulado: *Justificación de la aplicación del incidente de impacto fiscal sobre las sentencias de las altas cortes.*

\* Abogada de la Universidad de Ibagué. Docente en formación de la Universidad de Ibagué. Candidata a Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.

\*\* Abogada de la Universidad de Ibagué. Especialista en Derecho Aduanero y del Comercio de la Universidad del Rosario.

## Introducción

Habrán visto alguna vez la película titulada *The Green Mille* (1999), dirigida por Frank Darabont, en la cual se lleva a la pantalla grande la historia de John Coffey, un hombre de color, corpulento y con aspecto atemorizante, quien es condenado a la pena de muerte por los hechos acaecidos en el Estado de Luisiana en la década del treinta, cuando se encontró a Coffey con sus vestiduras ensangrentadas, llorando y abrazado a los cuerpos sin vida de dos niñas que previamente habían sido víctimas de abuso sexual.

Si bien es cierto que la circunstancia en que fue hallado Coffey lo señala como el posible autor material de los hechos, también lo es que su personalidad pasiva, temerosa, amigable y noble, reflejada en el cautiverio, que poco a poco hace germinar la duda sobre su participación en los hechos tan atroces que se le endilgan.

En el desarrollo del filme, aquella duda sembrada en el público al comienzo de la historia acerca de la culpabilidad de Coffey se va desdibujando, al punto de que aquel que parecía una mala persona no era más que un noble ser humano con poderes sobrenaturales que solo pretendía, a través de su don, salvar a las niñas de la muerte.

Así como a John Coffey se le consideraba en principio una mala persona, un sector representativo de la Academia y de la ciudadanía sostienen que hablar de sostenibilidad fiscal en un Estado Social de Derecho resulta nocivo, pues a su juicio se han visto comprometidos sus elementos definitorios, tales como el principio de separación de poderes y la efectividad de los derechos constitucionales, al encontrarse supeditados al manejo de las finanzas públicas.

Podría equipararse el pensamiento de aquellos que observaron a Coffey en la escena del crimen, con aquellos que desaprueban la incorporación de la sostenibilidad fiscal en la Constitución de 1991, dado que al igual que una persona que intentó salvar a las niñas termina siendo condenada culpable cuando es inocente, la sostenibilidad fiscal ha sido reprobada por muchos como aquel monstruo que ha venido a socavar las garantías y derechos de la población colombiana, desconociendo el apoyo o ayuda que a mediano y largo plazo pone a disposición de las autoridades para un alcance real y efectivo de los intereses constitucionales.

Así, tal como salió a flote la verdad en el caso de Coffey por el auditorio de la película, resulta necesario también mostrar la verdadera naturaleza de la sostenibilidad fiscal, pues los diferentes argumentos que se esgrimen para desacreditarla desconocen su conceptualización como categoría jurídica, ya que la denominan indistintamente como principio, derecho, criterio o marco,

que desatiende lo preceptuado por el Acto Legislativo 03 de 2011, mediante el cual se incorporó la sostenibilidad fiscal en los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución de 1991, así como la interpretación que le ha atribuido la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

Aún más problemático resulta que la consideración indistinta de la sostenibilidad fiscal como principio, le atribuya características de derecho o que siendo denominado criterio o marco, se le arroguen consecuencias jurídicas propias de un principio, sin serlo.

Una cuestión que para algunos podría ser eminentemente semántica tiene profundas implicaciones jurídicas, que atentan contra la claridad y precisión de las instituciones jurídicas preestablecidas, con interpretaciones contra *legem*, que no hacen más que generar inseguridad jurídica tanto para las autoridades públicas como para la sociedad en general, así como un desasosiego porque no existe un acuerdo sobre cómo debemos comunicarnos cuando de sostenibilidad fiscal hablamos.

Es por ello que es pertinente presentar un aporte que permita identificar la verdadera naturaleza de la sostenibilidad fiscal como criterio o marco para alcanzar progresivamente los fines del Estado Social de Derecho, e ilustrar cuáles son las consecuencias jurídicas que derivan de su consideración como principio o derecho, con el fin de generar un consenso sobre su alcance a través de la revisión del caso planteado en la Sentencia C-258 de 2013, la cual nos proporciona diferentes insumos para esclarecer el problema central planteado.

## **1. Sostenibilidad fiscal: Marco general**

Transcurrido un año, contado desde el día siguiente a la publicación del Acto Legislativo 03 de 2011 en la Gaceta del Diario Oficial el día 1° de julio de 2011, se han proferido por parte de la Corte Constitucional una pluralidad de sentencias de constitucionalidad, en las cuales se debatió la exequibilidad del criterio de sostenibilidad fiscal incorporado en los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política de 1991.

Al observar el contenido argumentativo que desarrollan los demandantes de la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011, se encuentra que todos coinciden al considerar la sostenibilidad fiscal como un principio que afecta la estructura del Estado Social de Derecho, al prevalecer el correcto manejo de las finanzas públicas sobre los principios de la garantía y progresividad de los derechos constitucionales, el principio de separación de poderes y la efectividad de la acción de tutela.

Como sabemos, es requisito de toda demanda de constitucionalidad que se transcriba el contenido de los artículos cuya inexecutable se persigue, por esto resulta cuestionable que los demandantes del Acto Legislativo 03 de 2011 no se hayan percatado que en su literalidad no se hace alusión alguna a la sostenibilidad fiscal como un principio, sino que de forma clara y expresa el articulado del Acto señala que la sostenibilidad fiscal funge como un marco y/o instrumento para alcanzar progresivamente los fines del Estado Social de Derecho.

Así, la naturaleza que se le imprimió al consagrar la sostenibilidad fiscal en los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución de 1991, es:

Artículo 334: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. [...] en un **marco de sostenibilidad fiscal** [...]. Dicho **marco de sostenibilidad fiscal** deberá fungir como **instrumento** para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho.

[...] **La sostenibilidad fiscal debe orientar** a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

Artículo 339: Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional [...] dentro de un **marco que garantice la sostenibilidad fiscal**.

Artículo 346: [...] El presupuesto de rentas y Ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un **marco de sostenibilidad fiscal** y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo [Negrillas fuera del texto].

Independiente de los argumentos por los cuales los demandantes consideran que la sostenibilidad es un principio, existen por lo menos dos razones que posibilitarían concluir equívocamente lo que estos –demandantes– sostienen; el primer motivo guarda relación con el título del Acto Legislativo 03 de 2011, que enuncia: “Por medio del cual se incorpora el principio de sostenibilidad fiscal”.

Ahora bien, ni siquiera la consagración de la palabra principio de sostenibilidad fiscal en el título del Acto Legislativo 03 de 2011, le atribuye dicha calidad, como quiera que el título de este acto reformativo no se incorpora en el texto constitucional. Sobre el particular la Corte Constitucional consideró:

Si se estudia detalladamente el contenido de la reforma constitucional, la Sala advierte que en ninguno de los textos reformados o adicionados a la Constitución se hace referencia a que la sostenibilidad fiscal sea un ‘principio’. Esa previsión solo

está contenida en el título del Acto Legislativo 4 (sic)<sup>2</sup> de 2011, el cual aunque pueda tener algún valor interpretativo, en modo alguno tiene la condición de disposición constitucional autónoma, en tanto no afecta el Texto Superior (Sentencia C-288,2012, p.125).

El segundo motivo por el cual existe la tendencia de vincular a la sostenibilidad fiscal dentro de la categoría de principio, radica en los antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2011, durante su trámite por el Congreso de la República, toda vez que durante los debates surtidos en las dos cámaras no hubo uniformidad sobre su naturaleza jurídica.

Lo anterior obedece a que el Proyecto N° 016 de 2010, radicado en la Cámara de Representantes, en principio pretendió elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal, otorgándole la calificación jurídica de “derecho de todos” y paralelamente, “deber de todas las ramas y órganos del poder público” de “colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva”. En cuanto al Plan Nacional de Desarrollo y el Presupuesto General de la Nación, la sostenibilidad fiscal fue considerada desde un comienzo como un “marco” sobre el cual debían elaborarse dichos instrumentos de planeación estatal.

Conviene destacar que, tanto en el primero como en el segundo debate que se surtieron en la Cámara de Representantes, se avaló la calidad de “derecho” y de “marco” de la sostenibilidad fiscal dentro de un plano nacional y territorial, aunque estableciéndosele unos límites consistentes en que en ningún caso podía el derecho o marco de sostenibilidad fiscal oponerse a las principales características definitorias del Estado Social de Derecho.

Al surtir el tercer debate en la Comisión Primera del Senado de la República del proyecto de Acto legislativo radicado en ella con la numeración 019 de 2010, se modificó la calificación de la sostenibilidad fiscal como un derecho “de todos” a la de “principio”.

Algunas consideraciones esbozadas en la ponencia presentada para el tercer debate consistían en el interés de los congresistas y del Gobierno nacional en la formulación de principios constitucionales que posibilitaran avanzar en la realización plena del Estado Social de Derecho, a través de la generación de un accionar público que fuera sostenible fiscalmente, para lo cual todas las autoridades públicas debían colaborar aplicándolo.

Finalmente, y tras una amplia discusión por parte de los congresistas, en los debates previos a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2011, se llegó a

---

<sup>2</sup> Debe entenderse Acto Legislativo 03 de 2011.



la conclusión de que elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal era conveniente, aunque quedó claro que: “Se trata de un simple criterio orientador de la actividad de todas las ramas y órganos del Estado, incluida la jurisdicción constitucional. No se trata, por el contrario, de un derecho fundamental ni de un principio constitucional de la misma entidad que aquellos previstos en el Título I Superior” (Aclaración de voto del doctor Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132-12 con ponencia suya, p.106).

Revisado el contenido de los artículos modificados por el Acto Legislativo 03 de 2011 y clarificado que su objetivo es la consecución de los fines del Estado Social de Derecho, es forzoso concluir que la sostenibilidad fiscal no es un fin en sí mismo sino un medio o instrumento para conseguir progresivamente la garantía de los fines esenciales del Estado, contenidos en el Artículo 2º de la Constitución de 1991 y además, la misma disposición reformativa ha incluido prohibiciones que impiden que la sostenibilidad fiscal supedite el disfrute efectivo de los derechos constitucionales, en especial, los fundamentales. A esta conclusión arribó la Corte Constitucional en su jurisprudencia, al considerar que:

[...] la sostenibilidad fiscal, en realidad no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del Estado Social de Derecho. No es válido concluir, en ese orden de ideas, que la sostenibilidad fiscal redefine los objetivos esenciales del Estado, en tanto un instrumento de ese carácter no impone un mandato particular. Puede ser comprendida, a lo sumo, como una medida de racionalización de la actividad de las autoridades, pero en todo caso sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada en la Constitución. Por ende, no es viable sostener que la sostenibilidad fiscal deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado.

Continúa la Corte Constitucional advirtiendo que la interpretación correcta que debe dársele a la sostenibilidad fiscal es la de ser un:

Criterio orientador que carece de la jerarquía propia de los principios fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, estos sí con mandatos particulares que deben ser optimizados, no podrá predicarse en casos concretos que estos principios puedan ser limitados o restringidos en pos de alcanzar la disciplina fiscal, pues ello significaría que un principio constitucional que otorga identidad a la Carta Política sería desplazado por un marco o guía para la actuación estatal,

lo que es manifiestamente erróneo desde la perspectiva de la interpretación constitucional.

Si bien es cierto la Corte Constitucional precisó la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal, también lo es que esta Alta Corporación ha generado mayor incertidumbre y confusión, antes que esclarecer su verdadero contenido jurídico.

Como ejemplos de lo anterior, tenemos que la Sentencia hito en materia de sostenibilidad fiscal; esto es, la Sentencia C-288 de 2012, pese al análisis cuidadoso que hizo de esta figura jurídica que lo llevó finalmente a considerarlo como un criterio y no como un principio, dentro de sus considerandos incurre en error al señalar que: “**El principio o criterio** de sostenibilidad fiscal se interpreta conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de los derechos” [Negrillas fuera del texto] (Sentencia C-288, 2012, p.127).

A simple vista, podría considerarse una sutileza el referirse a la sostenibilidad fiscal indistintamente como un principio, como un marco o un instrumento, como si fueran sinónimos, pero vistas en profundidad cada una de estas nociones tienen una incidencia jurídica totalmente distinta, que imponen a las altas cortes dar claridad conceptual como una exigencia de la sociedad en general, en pro de garantizar la seguridad jurídica y la confianza en el papel que están llamadas a cumplir las instituciones jurídicas.

En vista de lo anterior, se hace necesario poner de presente cuáles son las implicaciones de la sostenibilidad fiscal como principio, como derecho y finalmente según la naturaleza jurídica que le corresponde; esto es, como criterio orientador tendiente a garantizar los fines del Estado Social de Derecho.

## **2. Sostenibilidad fiscal como principio**

A partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2011, se ha considerado a la sostenibilidad fiscal como una norma que prescribe u obliga a todas las autoridades públicas dentro de su marco funcional para garantizar la disciplina de las finanzas públicas, al punto de subordinar los derechos constitucionales a los vaivenes de la economía.

Dicha consideración desarticula la base teórica en que se sustenta todo ordenamiento jurídico, pues asume que la incorporación de la sostenibilidad fiscal a un artículo de la Constitución automáticamente la convierte en una norma constitucional, pero no cualquier norma, sino un principio constitucional.

El fundamento teórico de los sistemas jurídicos advierte que una cosa es la norma jurídica que prohíbe, permite y prescribe un determinado comportamiento, y otra cosa distinta son los textos jurídicos o enunciados jurídicos que se expresan mediante artículos, pues estos últimos pueden contener palabras o frases que no necesariamente son normas de conducta.

Así, una norma jurídica es definida por el profesor Arturo Valencia Zea & Álvaro Ortiz Monsalve (2002), como aquella: “Proposición que enuncia un hecho de la vida imputado a una persona para atribuirle coactivamente una consecuencia jurídica” (p. 8).

Como quiera que la norma jurídica es aquella proposición que enuncia un hecho, resulta necesario que dicha proposición sea expresada mediante signos para poder ser transmitida; a dichos signos los conocemos como enunciados, los cuales no son más que la tinta en el papel, los sonidos, los artículos de la Constitución a través de los cuales se expresa una norma. En tal sentido señala Robert Alexy (2002) que: “Una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo. El hecho de que la misma norma puede ser expresada a través de diferentes enunciados normativos pone de manifiesto que hay que distinguir entre enunciado normativo y norma” (p.51).

A pesar de la clara diferenciación que existe entre el concepto de norma y enunciado normativo, todavía existen personas que sostienen que la sostenibilidad fiscal es una norma solo por estar contenida en un enunciado normativo, desconociendo que: “No es necesario que los códigos y las leyes enuncien en cada uno de sus artículos una norma, pues existen muchas disposiciones que se limitan a dar definiciones o instrucciones dirigidas a los jueces para que sea posible una correcta aplicación del derecho” (Valencia & Monsalve, 2002, p.5).

Cabe señalar ahora que si la sostenibilidad fiscal no es una norma jurídica, su incorporación a un enunciado normativo corresponde, tal como lo manifestaron Valencia & Monsalve, a una instrucción dirigida a las diferentes autoridades públicas, con el fin de que apliquen correctamente el derecho; es decir, garantizando realmente los derechos constitucionales.

En este sentido, si la sostenibilidad fiscal carece de la condición de norma jurídica, difícilmente podría ser catalogado como un principio, pues según Robert Alexy (2002): “Toda norma es o bien una regla o un principio” (p.87).

Al aceptar en gracia de discusión que la sostenibilidad fiscal es un principio, y por ende una norma jurídica, observemos las implicaciones jurídicas al atribuirle dicha condición. Para ello, comencemos por definir ¿qué es un principio? Según Robert Alexy (2002):

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (p.86).

En aras de comprender el contenido nocional de un principio, resulta necesario confrontarlo con su opuesto; estos son las reglas, con el fin de establecer límites entre una y otra. Por su parte, las reglas son: “Normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos” (Alexy, 2002, p.87).

De lo anterior se extrae que los principios a diferencia de las reglas no operan como mandatos definitivos, sino que su aplicación se busca en la mayor medida posible, pero no ocurre como con las reglas que se aplican en todo o nada.

Veámoslo con un ejemplo: La cláusula constitucional que señala que toda persona tiene derecho a la salud, es un principio que deberá ser garantizado por el Estado dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas que posee, de manera que su aplicación deberá ser en la medida de lo posible; mientras que la regla que señala que las empresas promotoras de salud deben proporcionar los medicamentos formulados por el médico tratante, incluye un mandato definitivo que debe aplicarse en su totalidad y no en la medida de lo posible.

Al tener en cuenta que los principios constituyen mandatos de optimización que deben hacerse realidad en la medida de lo posible, es decir, según las posibilidades fácticas o jurídicas, es necesario entrar a revisar a qué hacen alusión estos dos aspectos.

Por posibilidades fácticas entendemos aquellas situaciones de hecho que hacen idónea y necesaria la medida para adoptar y por posibilidades jurídicas, la intervención de otros principios y reglas –principio que subyace a la regla– que podrían afectarse con el principio aludido, a lo cual debe aplicarse la Ley de ponderación, que según Alexy (1988): “Puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”(p.147).

La complejidad de los procesos sociales, económicos, culturales, políticos y ambientales, hacen que en la realidad puedan concurrir diferentes intereses de los actores involucrados. Esto puede implicar que bajo una misma circunstancia sean predicables dos o más principios, que al no ser compatible

su aplicación, deberá elegirse cuál debe prevalecer en el caso concreto y en consecuencia, el principio inaplicado tendrá que ceder ante el otro.

Para determinar cuál principio debe prevalecer en el caso concreto cuando se presenta una colisión entre dos o más principios, Robert Alexy (2002) manifiesta:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión es necesario una ponderación en el sentido de la ley de colisión [...] El carácter de principio de las normas ius fundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación (p.112).

Es en este punto en el que existe mayor desacuerdo por parte de la comunidad académica respecto a la consideración de la sostenibilidad fiscal como un principio, pues señalan que se estaría equiparando la sostenibilidad fiscal con cualquier otro principio establecido en la Constitución, como sería el derecho a la salud, dignidad humana, Estado Social de Derecho.

Como ejemplo de lo anterior, tenemos que el Estado tiene la obligación de realizar una apropiación en el Presupuesto General de la Nación para el pago de indemnizaciones de personas víctimas del conflicto armado y además de ello, tiene a su cargo la obligación de satisfacer los fines que le han sido trazados en el Artículo 2º de la Constitución Política de 1991, como es la garantía de la salud, educación, vivienda, infraestructura... de toda la población.

De manera que si el Estado quiere proceder al pago de las indemnizaciones a las víctimas, deberá restringir los otros rubros destinados al pago de la salud, la educación, la vivienda, la infraestructura, entre otros, o puede también abstenerse del pago de las indemnizaciones a las víctimas, evitando con ello la afectación de otros fines que tiene a su cargo.

En este sentido, encontraríamos una colisión entre la estabilidad de las finanzas públicas: “Principio de sostenibilidad fiscal”, y los derechos de las víctimas del conflicto armado, tales como la “vida en condiciones dignas”.

Ahora bien, Alexy (1988) nos propone seguir el método de la máxima de proporcionalidad para justificar adecuadamente el por qué elegimos un principio en desmedro del otro, en este caso el “principio de sostenibilidad fiscal” versus “vida en condiciones dignas”.

Como quiera que la garantía de los derechos constitucionales –entre las que se halla la vida en condiciones dignas de las víctimas del conflicto arma-

do– puede implicar un gasto de recursos y que la sostenibilidad fiscal implica un manejo adecuado de los recursos a través del ahorro público bajo una restricción intertemporal presupuestaria, un manejo contra cíclico de la economía y una estabilidad macroeconómica, es dable señalar que si se considera la sostenibilidad fiscal como un principio, necesariamente va a existir una colisión entre este principio y la garantía de derechos que requieren la disposición de recursos del Estado, que deberá resolverse a favor de uno u otro.

Por otro lado, el hecho de que la sostenibilidad fiscal comprenda un manejo adecuado de los recursos del Estado conlleva a que este, antes de ser un principio en sí mismo considerado, sea un medio para alcanzar los fines contenidos en el Artículo 2º de la Constitución Política de 1991.

Al tener en cuenta que la sostenibilidad fiscal es una situación de hecho, en virtud de la cual un gobierno tiene la capacidad para atender el pago de su deuda a largo plazo, a través de la generación de superávits primarios que además de compensar las erogaciones que hace por este concepto, le permiten garantizar progresivamente los derechos protegidos constitucionalmente, conviene señalar ahora, ¿para qué se endeuda un gobierno, restringe su gasto, controla sus ingresos y se preocupa por el déficit fiscal, sino es para garantizar sus fines, tales como el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad? y ¿acaso estos fines no son mandatos de optimización que tienen aplicación inmediata, o lo mismo, son principios constitucionales? A lo cual deberá responderse afirmativamente, y por consiguiente reconocer que el papel que juega la sostenibilidad fiscal antes que ser un principio, es el de ser una posibilidad fáctica, o un aspecto circunstancial dado por un fenómeno económico que debe ser un insumo para obtener la garantía de los principios constitucionales.

Es por ello que desde el tercer debate se presentó un informe que pretendía el archivo del proyecto de acto reformativo aduciendo, como se manifestó anteriormente, que al calificar la sostenibilidad fiscal como principio:

Se estará en presencia de una posición que restringe la optimización de los derechos fundamentales por que convierte un criterio de valoración (el de la posibilidad fáctica) en un imperativo de realización; es decir, que la viabilidad económica del reconocimiento de un derecho no será una consideración adicional sino un deber de armonización para el funcionamiento del andamiaje estatal (Aclaración de voto del doctor Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132-12, con ponencia suya, p.71).

Así, observamos que un aspecto tan sutil como es el de denominar principio, derecho o criterio a la sostenibilidad fiscal puede tener serias implicaciones jurídicas, tales como la aplicación de la máxima de proporcionalidad en caso de colisión con otros principios, lo cual implicaría la subordinación a ella de un derecho fundamental, como es el caso de una persona discapacitada, o en condiciones de debilidad manifiesta o peor aún, de una persona en situación de desplazamiento forzado en Colombia.

### **3. Sostenibilidad fiscal como derecho**

El propósito del Gobierno nacional al presentar el proyecto de Acto Legislativo que se radicó inicialmente en la Cámara de Representantes con el N° 016 de 2010, fue el de elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal, atribuyéndole la calificación jurídica de “derecho de todos” y paralelamente “deber de todas las ramas y órganos del poder público”, las cuales tendrán que “colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva”.

Para avalar esta postura, el Gobierno nacional en la exposición de motivos plasmó como principales argumentos: “(i) La sostenibilidad fiscal es una condición para el desarrollo del Estado Social de Derecho; (ii) se trata igualmente de un derecho que contribuye a proteger a todos los demás derechos; y (iii) la sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica son presupuestos necesarios para el reconocimiento y ejercicio de los derechos” (Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132-12 con ponencia suya, p.104).

Conviene destacar que tanto en el primero como en el segundo debate que se surtieron en la Cámara de Representantes, se avaló la calidad de “derecho” y de “marco” de la sostenibilidad fiscal dentro de un plano nacional y territorial, aunque se le establecieron unos límites consistentes en que en ningún caso podía el derecho o marco de sostenibilidad fiscal oponerse a las principales características definitorias del Estado Social de Derecho. Además, se dispuso que la alusión al concepto de progresividad debía entenderse en el sentido que le ha dado la Corte Constitucional. Este último concepto será abordado más adelante en este texto.

Sin ánimo de entrar en controversia sobre el alcance de los derechos y su clasificación, revisaremos cuáles son las implicaciones que se derivan de considerar la sostenibilidad como un derecho contenido en el catálogo de derechos consagrado en el Título II: De los Derechos, las Garantías y los Deberes de la Constitución Política de 1991.

Respecto de los derechos considerados como derechos civiles y políticos o del individuo, Recasens Siches, citado por Noguera Laborde (2007), señala que este tipo de derechos subjetivos tienen tres formas de manifestarse:

La primera de ellas consiste en la posibilidad jurídica que corresponde a una persona para que todos los demás le respeten el ejercicio de un derecho, también conocidos como derechos absolutos o erga omnes; la segunda consiste en aquella pretensión [...] situación que, por virtud de una norma, ocupa una persona en una relación jurídica, de tener a su disposición la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de un deber jurídico, valiéndose del aparato coercitivo del derecho, y la última, reside en la posibilidad jurídica que tienen las personas de dar lugar al nacimiento, la modificación o la extinción de ciertas relaciones jurídicas (p.89).

Ahora bien, considerar la sostenibilidad fiscal como un derecho individual capaz de exigirse a las autoridades públicas implica –al seguir la conceptualización de los derechos subjetivos de Recasens Siches, citado por Noguera Laborde (2007)–: “Primero, que cualquier persona tendrá la posibilidad de exigirle a cualquier autoridad pública el cumplimiento del deber jurídico de garantizar la sostenibilidad fiscal, pudiendo hacerlo a través del aparato coercitivo del derecho y concretamente, del mecanismo establecido en el Artículo 86 de la Constitución Política –Acción de Tutela–” (p.89).

Tal acción podría traer diferentes problemas, como quiera que dejar en manos de cualquier persona la verificación de un correcto manejo de las finanzas públicas del Estado, puede obstruir un adecuado ejercicio de la función por parte de los órganos públicos, en la medida en que al ser todo derecho subjetivo renunciable, por cuanto existe una mera posibilidad de ejercicio, las personas titulares del mismo así como podrían dar lugar a su nacimiento, también podrían entrar a modificarlo o extinguirlo en cada una de las relaciones jurídicas que entablen.

En lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales, Quinche (2012) señala que estos son: “De carácter progresivo, lo que no afecta su exigibilidad directa” (p.94). Este mismo autor citando la jurisprudencia constitucional colombiana afirma que: “Necesariamente requieren de la activa intervención del Legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal” (Sentencia SU-111 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, citado por Quinche, 2012, p. 94).

Ahora bien, considerar la sostenibilidad fiscal como un derecho social, económico y cultural implicaría que esta no sería una simple posibilidad indi-



vidual sino una obligación prestacional a cargo del Estado, exigible por cualquier ciudadano. Bajo este supuesto, ¿qué acción legal tendrían los ciudadanos para exigir la garantía del derecho de sostenibilidad fiscal?

Al respecto, Quinche (2012) postula que: “Como mecanismo de protección inicialmente fue mencionada la acción de cumplimiento” (p.94). No obstante, debe precisarse que al ser el manejo de los recursos públicos lo que le compete a la sostenibilidad fiscal, se tornaría improcedente este tipo de acción para exigir el cumplimiento de esta, dado que el párrafo del Artículo 9 de la Ley 393 de 1997, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-157 de 1998, instituye que dicha acción “no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos”, por lo que, a no ser que se encontraran inmersos elementos medulares como la dignidad humana –caso en el cual la acción procedente sería la de tutela–, su protección se tornaría inane e infructuosa.

En lo atinente a los derechos de naturaleza colectiva y del ambiente, la sostenibilidad fiscal podría enmarcarse dentro del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, que según la jurisprudencia del Consejo de Estado: “Alude no solo a la eficiencia y transparencia en el manejo y administración de los recursos públicos sino también a la utilización de los mismos de acuerdo con su objeto y, en especial, con la finalidad social del Estado” (Consejo de Estado, 2011, junio 8).

Establecer que la sostenibilidad fiscal es un derecho colectivo integrante de la defensa del patrimonio público, posibilitaría que cualquier persona pudiese iniciar la acción respectiva para la protección de los intereses colectivos, esto es, la acción popular consagrada en el Artículo 88 de la Constitución de 1991.

Aunado a lo anterior, la categorización de la sostenibilidad fiscal como un derecho, implica que en un caso concreto en que se enfrente a otro derecho constitucional, el juez o la autoridad pública que deba determinar cuál de los dos debe prevalecer en dicho caso, deberá enfrentarlos y sopesarlos para determinar cuál de ellos debe hacerse efectivo en ese determinado evento. A nuestro juicio, ello desconocería la naturaleza instrumental de la sostenibilidad fiscal como herramienta para alcanzar de forma progresiva los derechos constitucionales, dado que esta, en ningún caso, pretende ir en contravía o en desmedro de los derechos, sino por el contrario, su atributo de medio o criterio permite la garantía real a mediano y largo plazo del conjunto de derechos tanto individuales como colectivos.

#### 4. Sostenibilidad fiscal como criterio o marco

En este orden de ideas, la sostenibilidad fiscal no podría catalogarse ni como principio ni como derecho, dado que su carácter es de mero elemento circunstancial que propone reglas fiscales contables que permiten conjurar la situación de inestabilidad y por ende, facilitan el escenario para el reconocimiento de los derechos. Y en tanto criterio contable e instrumental, no tendría eficacia directa al igual que los principios y derechos, “toda vez que se necesitan múltiples herramientas de orden legal y administrativo para allanar el camino a la estabilidad entre gastos e ingresos, esta actividad administrativa no se agota en un solo acto” (Aclaración de voto del doctor Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132-12 con ponencia suya, p.73).

Después de una amplia discusión por parte de los congresistas, en los debates previos a la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2011, se llegó a la conclusión de que elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal era conveniente, aunque quedó claro que: “Se trata de un **simple criterio orientador** de la actividad de todas las ramas y órganos del Estado, incluida la jurisdicción constitucional. No se trata, por el contrario, de un derecho fundamental ni de un principio constitucional de la misma entidad que aquellos previstos en el Título I Superior” [Negrillas fuera del texto] (Aclaración de voto del doctor Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132-12 con ponencia suya, p. 106).

Tal como fue anotado anteriormente, aun cuando la misma Corte Constitucional incurre en imprecisiones al momento de referirse a la sostenibilidad fiscal, ha sido uniforme su jurisprudencia en cuanto al carácter instrumental de la sostenibilidad fiscal, tanto así que en numerables sentencias lo ha reiterado con el fin de que no se subordinen los elementos definitorios del Estado Social de Derecho al manejo de las finanzas públicas.

De esta manera, la primera Sentencia que se pronunció sobre este tema fue la C-132 del 29 de febrero de 2012 con ponencia del doctor Humberto Sierra Porto; en esta se resalta específicamente el contenido de la Aclaración de voto, toda vez que en ella se hacen precisiones sobre el carácter instrumental de la sostenibilidad fiscal, al indicar que:

La sostenibilidad fiscal no fue concebida como un ‘derecho fundamental’ o una especie de ‘derecho colectivo’ en cabeza de toda la población, sino tan sólo como un criterio de actuación, armonización y coordinación de las competencias de todas las autoridades públicas, incluidos los jueces constitucionales. No se trata, en consecuencia, del establecimiento de una prelación, de una jerarquía de la

sostenibilidad fiscal sobre los DESC<sup>3</sup>, sino del reconocimiento de que la vigencia de estos depende de aquélla (Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132 con ponencia suya, p.41).

Sucesivamente, la Sentencia hito en materia de sostenibilidad fiscal es la C-288 de 2012, en la cual la Corte Constitucional refuerza la consideración o el carácter instrumental o de medio que ostenta la misma y desvirtúa todos los argumentos que consolidan la sostenibilidad fiscal como principio, al destacar que la sostenibilidad fiscal:

No se opone sino que refuerza los mecanismos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales y, por lo mismo, no limita los derechos fundamentales ni limita su ejercicio. Es un criterio que debe guiar la actuación de las autoridades públicas con el fin de asegurar las condiciones para garantizar plenamente el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución. Dado que la sostenibilidad fiscal es condición y consecuencia de los postulados del Estado Social de Derecho, todas las ramas y órganos del poder público deben colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva (Sentencia C-288 de 2012, p.27).

En orden cronológico se presenta la Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable algunos apartes del Artículo 17 de la Ley 4 de 1992, que afectan los principios del sistema de seguridad social en pensiones, enmarcados en el Artículo 48 de la Constitución Política de 1991, y frente a los apartes declarados exequibles empleó su facultad de modular los efectos de sus sentencias, para efectuar las siguientes precisiones:

- (i) No puede extenderse el régimen pensional allí previsto, a quienes con anterioridad al 1º de abril de 1994, no se encontraran afiliados al mismo.
- (ii) Como factores de liquidación de la pensión solo podrán tomarse aquellos ingresos que hayan sido recibidos efectivamente por el beneficiario, tengan carácter remunerativo del servicio y sobre los cuales se hubieren realizado las cotizaciones respectivas.
- (iii) Las reglas sobre Ingreso Base de Liquidación (IBL) aplicables a todos los beneficiarios de este régimen especial, son las contenidas en los artículos 21 y 36, inciso tercero, de la Ley 100 de 1993, según el caso.
- (iv) Las mesadas correspondientes a pensiones reconocidas de conformidad con

---

<sup>3</sup> DESC: Derechos Económicos Sociales y Culturales.

este régimen especial, no podrán superar los veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a partir del 1° de julio de 2013.

Cuarto. Las pensiones reconocidas al amparo del Artículo 17 de la Ley 4 de 1992, con abuso del derecho o con fraude a la Ley, en los términos del acápite de conclusiones de esta sentencia, se revisarán por los representantes legales de las instituciones de seguridad social competentes, quienes podrán revocarlas o reliquidarlas, según corresponda, a más tardar el 31 de diciembre de 2013 (Sentencia C-258 de 2013, p.248).

El aparte antes citado ha causado sin lugar a dudas un descontento no solo en las personas que se ven afectadas con la decisión, tales como congresistas, magistrados de altas cortes y demás funcionarios a los cuales les sean extensibles los efectos del anterior fallo, sino además por la comunidad académica, al considerar que el fundamento jurídico de la decisión fue la aplicación del *principio de sostenibilidad fiscal* sobre los derechos adquiridos de estos funcionarios públicos al verse menguadas las mesadas pensionales que ya habían sido objeto de reconocimiento administrativo o judicial.

No obstante lo anterior, el verdadero sustento jurídico para la toma de esta decisión no fue la sostenibilidad fiscal como fin en sí mismo considerado, sino como un instrumento para hacer efectivos otros principios como son los de solidaridad y dignidad humana que rigen el sistema pensional, con el fin de que no solo se cubra a algunos funcionarios públicos pensionados sino que progresivamente el sistema pensional abarca a la sociedad en general, evitando con ello que por sostener las pensiones de unos pocos, se imposibilite rotundamente el acceso al sistema de mayor cantidad de personas.

Pese a la insistencia por parte de los opositores a la Sentencia, la Corte Constitucional es clara al determinar que:

La sostenibilidad fiscal debe ser un criterio orientador ‘de las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica’ [...].

Esta Corporación ha puntualizado que las reglas de responsabilidad fiscal y el criterio de sostenibilidad tienen un carácter instrumental respecto de los fines y principios del Estado Social de Derecho, en particular, son una herramienta útil para la realización progresiva de los contenidos prestacionales de las garantías constitucionales. Sin embargo, ha resaltado que la disciplina fiscal y la sostenibilidad financiera no pueden tomarse como fines últimos del Estado ni justificar limitaciones de los derechos fundamentales (Sentencia C-258 de 2013, p.85).

Del anterior recorrido jurisprudencial, se extrae que la sostenibilidad fiscal no es un principio ni es un derecho, sino que tiene la connotación de criterio orientador, lo cual dentro de la teoría de Robert Alexy se consideraría una posibilidad fáctica; es decir, un insumo, un mecanismo o medio para la realización efectiva del principio que se pretende aplicar, el cual en el presente caso corresponde al principio de solidaridad, que no es más que el:

Deber que tienen las personas, por el solo hecho de hacer parte de una determinada comunidad humana, de **contribuir con sus esfuerzos a tareas comunes, en beneficio o apoyo de los demás asociados o del interés colectivo**. Por consiguiente, en materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto [Negritas fuera del texto] (Sentencia C-126 de 2000, citada por Sentencia C-258 de 2013, p.90).

## Conclusiones

1. El lenguaje es una herramienta del Derecho porque a través de ella se expresa el pensamiento; es decir, cada una de las ideas que pretenden ordenar la sociedad; por esto, si no existe un consenso entre el lenguaje empleado por los operadores jurídicos, la sociedad en general y los doctriantes, respecto de la sostenibilidad fiscal, será imposible que se alcance la finalidad buscada por esta medida que no es otra que alcanzar progresivamente los fines trazados por el Estado Social de Derecho.
2. No es solo una cuestión meramente semántica el denominar la sostenibilidad fiscal como principio, derecho o criterio, de forma indiferente, pues un aspecto tan sutil como este compromete la naturaleza jurídica de esta figura, haciendo que de ella deriven diferentes consecuencias jurídicas en cada caso concreto, tales como: La posibilidad de ponderarlo con otros principios si se trata de un principio constitucional, o la de permitir que sea defendida por cualquier persona a través de las acciones constitucionales (tutela, popular o de cumplimiento), cuando se trate de un derecho.
3. La sostenibilidad fiscal es un criterio orientador de las ramas del poder público, que tiene por objeto alcanzar progresivamente los fines del Estado Social de Derecho, así se constituye como un medio y no como un fin en sí mismo considerado, sino como una posibilidad fáctica o herramienta idónea para ponderar dos principios y determinar cuál debe prevalecer en el caso concreto.

## Referencias

- Acto Legislativo 03 (2011, julio 1). Gaceta del Diario Oficial Colombia.
- Alexy, R. (1998). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado (2011, junio 8). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01
- Corte Constitucional de Colombia (2012). Aclaración de voto del magistrado Humberto Sierra Porto a la Sentencia C-132 de 2012, con ponencia suya.
- Noguera, L. R. (2007). *Introducción general al derecho*. 4ª edición. Bogotá, Colombia: Universidad Sergio Arboleda.
- Quinche, R. M. F. (2012). *Derecho constitucional colombiano*. 5ª edición. Bogotá, Colombia: Temis.
- Sentencia su-111 (1997). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-157 (1998). Corte Constitucional de Colombia. Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonell & Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-126 (2000). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-132 (2012, febrero 29). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.
- Sentencia C-288 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia T-353 (2012). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C- 258 (2013, mayo 7). Corte Constitucional de Colombia. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- The Green Mire (1999). [Película: *La milla verde* en España; *Milagros inesperados* en Hispanoamérica]. Darabont, F., Director, Productor & Guión. Estados Unidos: Castle Rock Entertainment. Distribuidor: Warner Bros Entertainment, Inc.
- Valencia, Z. A. & Ortiz, M. A. (2002). *Derecho civil. Parte general y personal*. 15ª edición. Bogotá, Colombia: Temis.

## Bibliografía recomendada

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



# Cuba and the United States: An Overview of the Embargo Analyzed Under the Current World Trade Organization Law

Oscar Barrero Leal\*

**Resumen.** Durante diciembre de 2014 Barack Obama, presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, anunció su intención de impulsar el restablecimiento de relaciones diplomáticas oficiales con Cuba; tal decisión ha sido considerada como nada menos que histórica, sin considerar ningún tipo de afiliación política; especialmente si no se pierde de vista que, por más de 50 años, el embargo impuesto por los Estados Unidos a Cuba, ha probado ser un tema espinoso en los campos diplomático, económico, político e inclusive de derechos humanos. El hecho de que la medida haya sido ferozmente ejecutada por tan largo tiempo, resulta increíble, más aun si tal es estudiada bajo las prácticas internacionales del comercio uniformemente aceptadas, que implican que tanto Cuba como los Estados Unidos siendo miembros de la Organización Mundial del Comercio, están obligados por los compromisos firmados y ratificados.

**Palabras claves:** Organización Mundial del Comercio, Embargo, Excepción de Seguridad, Cuba, Estados Unidos de América.

**Abstract:** During December 2014, United States President Barack Obama, announced his intention of pushing the resumption of diplomatic contacts with Cuba; this decision has been considered by the world like nothing less than historic, despite any kind of political affiliation whatsoever; specially if keeping under sight that for more than 50 years, the United States embargo over Cuba, has proven to be a challenging matter on diplomatic, economic,

---

\* Abogado, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. LLM International Business Law, Middlesex University. Docente del Área de Derecho Privado Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ibagué. oscar.leal@unibague.edu.co



political and even human rights fields; the fact that such measure has been fiercely enforced for a very long time, results baffling specially if studied under the world trade practices, since both countries are members of the World Trade Organization; thus making relevant to dedicate time to research and write about such a current theme, amidst the challenges faced by world trade nowadays.

**Keywords:** World Trade Organization; Embargo; Security exception; Cuba; United States of America

Nevertheless in order for the WTO to fulfil its purposes it has established a set of rules that bind all of its members. These rules cover from the way the trading practices and standards are supposed to be applied, to how trading differences must be treated and attempt to be solved within the organization.

The United States economic embargo over Cuba is not a recent matter. The controversy that such measure has created for over five decades is undeniable, as this measure, has always represented a challenge to diplomatic, political, social, and economic relations. The existence of the World Trade Organization, the fact that the United States and Cuba are both members of the WTO and as such are bound by the provisions they both have agreed on, is fundamental for the scope of this paper, especially if we take into account that as on December 2014, President Barack Obama, announced “steps towards re-establishing diplomatic relation with Cuba”. Decision which can be considered nothing less than historic despite the long and hard process ahead for an actual lift of the measure.

This paper will be analysing the imposition of the United States embargo over Cuba, focusing on the security exceptions contained in Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade (from here on GATT) as a fundamental part of the WTO. In order to see if such measure is in compliance with the law of the World Trade Organization. Section I. Will cover the notion of free trade exceptions under the WTO, the reasons for their existence and will open a passage for the consideration of the Security Exception within the WTO law in the US-Cuban case. Section II. Will be concentrating on the security exception and the role that such provision has played in the way Cuban-US relations have been executed over the years. This section will do so by specially analysing one by one the different scenarios that the security exception clause contained in article XXI of GATT proposes, in order to see if they are applicable in any way to justify the imposition, strengthening, and current appliance of the embargo.

Section III. Will cover the historic background for the imposition of the embargo, including an analysis of the real reasons why this economic sanction was imposed. Finally section IV. Will analyse if the unilateral imposition of trade sanctions can be tackled under the current WTO law and if there are any remedies that Cuba could pursue under the provisions of the organization that allow it to find a way out of the embargo.

### **1. Unilaterally Imposed Economic and Trade Sanctions Under the WTO Law**

The first thing that comes to mind whenever the World Trade Organization is mentioned, is the idea of free trade, the almighty free trade, and the utopic conception that this is the magic solution to all the world's greatest economic problems, and specially that free trade is above anything and everything regardless of any kind of sociological, geographical, political or moral standard.

If this were the case and there were no exceptions to free trade, it will be equal to denying the Rules on Conflicts Between Trade Liberalization and Other Societal Values, as a huge part of the Multilateral Trading System of the World Trade Organization, this means that there are clear, well established exceptions under which is completely lawful to generate barriers for free trade between members, and as such, these have been accepted by the Members of the WTO.

These exceptions can mostly be found in article XX of the GATT entitled "General Exceptions." This article covers a variety of subjects under which it will be justifiable for any member country, to create barriers to free trade in a *none-arbitrary or unjustifiable way*<sup>1</sup>, as long as these measures are towards protecting:

a. Public morals; b. human, animal or plant life or health; c. relating to the importation or exportation of gold and silver; d. necessary to secure compliance with law or regulations which are not inconsistent with the provisions of the Agreement, including those relations to customs enforcement of monopolies operated under paragraph 4 of the Article II and Article XVII, the protection of patents, trademarks and copyrights, and the preventions of deceptive practices; e. relating to the products of prison labour; f. imposed for the protection of national treasures of artistic, historic or archaeological value; relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made ef-

---

<sup>1</sup> This is known as the "chapeu" of Article XX, it contains the parameters under which the exceptions must be applied, in order to avoid their misuse.

fective in conjunctions with restrictions on domestic productions or consumption(...).(World Trade Organization, Legal Texts, GATT, art. XX.)

These are the main exceptions for the creation of trade barriers contemplated by the World Trade Organization, although article XXI of GATT also gives us the provisions for the main scope of this paper, what is known as the “Security Exceptions”, this article establishes the reasons under which a member country can restrict trade in the name of “its own security” this article states that:

Nothing in this Agreement shall be construed a. To require any [Member] to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or, b. to prevent any [Member] from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests (...) c. to prevent any [Member] from taking any action in pursuance of its obligation under the United Nations Charter for the maintenance of peace and security. (World Trade Organization, Legal Texts, GATT, art. XX.)

It results clear that State security has been considered above any idea or principle of free trade, this is justifiable under the premise of State sovereignty, and how in order for free trade to exist, it needs of minimum conditions of peace and security among the trading partners, Thus illustrating how free trade should not be considered “almighty” or above anything or everything, the World Trade Organization has recognized this. Nevertheless, these security exceptions can and have been used to justify very complex nontrade related actions carried out in very arbitrary ways. Especially for political reasons as a way of putting pressure on different countries with the intention of making them comply with other State’s foreign policies. Policies that very often have little if norelationship with trade itself. Policies that ended up being nothing but tools of repression that deny not only the very principles of the World Trade Organization, but also the Multilateral Trading System itself.

The United States commercial sanctions over Cuba, work as a perfect example to illustrate how an exception to a WTO principle can be completely twisted and manipulated, in order to apply economic and trading restrictions to a country’s economy with reasons that are completely political and constitute a mockery of the exception. If we take into account that the reasons explaining why all the sanctions have been imposed over the years, failed to show in any way how a country such as Cuba, has ever consisted on a threat to the national security of the United States, up to the point that it has been impossible to

remotely justify over 50 years of **unilaterally imposed** economic sanctions. Sanctions that have managed only to make even more difficult the lives of millions of Cubans, Cubans whom have a rough life as it is as a result of the Castro regime. This clearly falls off the original scope under which the security exceptions were created and one cannot help to wonder how effective the WTO really is when it comes to not caving to political pressure, this raises the following question, is the WTO really a non-political organization?

On the other hand it is worth mentioning that one of the reasons why the exceptions contemplated under article XXI of GATT have been misused very often is that unlike article XX, article XXI lacks of a “chapeu” that prohibits, or at least limits the use of this Security Exceptions in a “none-arbitrary or unjustifiable way”. In words of Lindsay (2003) “(...) there are longstanding tensions among the competing principles of sovereignty, flexibility and limiting abuse of GATT article XXI. The jurisdictional uncertainty of article XXI reflects these potentially conflicting interests”. (Lindsay, p.1277) Definitely the missing “chapeu” in article XXI GATT technically allows a misdirected application of the exception. It has been argued that this ambiguity, if you will, was allowed intentionally in order to simplify the joining of countries to GATT by recognizing the supremacy of State security over trade, “Article XXI was created in ambiguity, an ambiguity needed to allow countries to legitimately respond to security concerns without destroying advances in trade liberalization”. (Id, 1311) This clearly has created a giant loophole that allows powerful WTO members not only to abuse these exceptions and to get away with the abuses “in the name of security”, but also to legally justify their wrongdoing under a provision that was never intended for that purpose in the first place.

## **Bibliography**

### **Treaties and Agreements**

United Nations Charter (1945)

General Agreement on Tariffs and Trade (1947-1994)

World Trade Organization Agreement (1986-1994)

### **Journal Articles**

Lindsay Peter, “the Ambiguity of GATT Article XXI, Subtle Success or Rampant Failure?” (2003) 52 *Duke Journal of International Law* 1277, 1314

Cain W. Jerry, “Extraterritorial Application of the United States’ Trade Embargo against Cuba: The United Nations General Assembly’s Call for an End to the U.S.

Trade Embargo” (1994) 24 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 379, 396

Donner Laura, “Cuban Democracy Act of 1992: Using Foreign Subsidiaries as Tools of Foreign Economic Policy” (1993) 7 *Emory International Law Review* 259, 268

## Concepto técnico-numeral 5 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo

Ibagué, 14 de julio de 2014

Doctora

Olga Lucía Troncoso Estrada

Decana Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Ibagué

Ciudad

Ref. Concepto técnico – numeral 5 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Expediente d-10243 de 14 de mayo de 2014

Apreciada Dra. Troncoso:

Por medio del presente escrito, la doctora Mónica Marcela Cárdenas, junto con el monitor judicante del área de derecho laboral del consultorio jurídico, Cristhian Ricardo Abello Zapata, nos permitimos elaborar concepto técnico sobre la demanda de inconstitucionalidad instaurada por el ciudadano Andrés Felipe Orjuela Prieto, en contra el numeral 5° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con su petición y de solicitud de la Honorable Corte Constitucional, conforme lo establece el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

### **Demanda presentada por el ciudadano Andrés Felipe Orjuela Prieto**

Demanda el mencionado ciudadano el numera 5° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo referente a las causales por terminación justa del contrato.

Señala la norma en mención:

### **Artículo 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.**

A) Por parte del empleador:

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

1. **Norma constitucional considerada violada por el numeral 5° del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo**

Considera el demandante vulnerados los artículos 1,2, 16, 18, 19, 25 y 53.

2. **Concepto de violación**

Dentro de los motivos esbozados por el demandante, la norma en cuestión vulnera una serie de principios y derechos de orden constitucional entre ellos el Derecho al libre desarrollo a la personalidad, Derecho a la libertad de conciencia, de culto y el Derecho al trabajo, el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral así:

- Inicia el accionante hablando acerca del concepto de moral, indicándolo como las reglas que rigen las conductas sociales de los seres humanos, es decir, aquel compendio de normas, principios y valores que guían los comportamientos de este, respecto de sí mismo y hacia los demás como ser social. De lo anterior concluye advirtiendo que lo inmoral es el comportamiento contrario a aquellas máximas conductuales, pero que en atención a la inexistencia de un concepto universal, sería imposible la determinación de conductas de carácter tanto inmoral como moral.

Para el demandante, este último término está fielmente vinculado al concepto de libertad, la cual varía de acuerdo a la formación en valores y principios de cada persona durante su existencia obedientes a sus creencias, derechos y libertades, razón porque esta contendría un carácter “relativo y mutable”, por lo que de acuerdo con los argumentos del accionante; al pretender imponer un concepto general de moral, que en su sentir lo expone el acápite demandado, se iría en contravía de la Constitución la cual garantiza el pluralismo y la libertad dentro de la forma de estado que nos rige.

Afirma también, que en su parecer no habrá de ser el mismo Estado el encargado de garantizar los derechos, quien ampare los postulados de pluralismo y libertad, pues advierte además que el término “Inmoral o” impone esquemas generales de moral que en su concepto serían “impositivos y discriminatorios”, al ordenar estándares de comportamiento a los trabajadores, por lo que contrarían la naturaleza unilateral e interna de la moral, en consecuencia el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en el mismo sentido la libertad de conciencia y la libertad de culto.

- Por otra parte señala el actor, que la expresión demandada deja un camino abierto a la inseguridad de los trabajadores frente a sus empleadores, afectando directamente su el principio de estabilidad laboral.

Para el demandante una expresión tan indeterminada como “inmoral o” es totalmente contraria a la Constitución desde el momento en que hace parte de una causal, para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador; pues según los términos del actor, aquella causal está dejando un espacio de abusos y arbitrariedades, como quiera que quedaría a la libre interpretación y valoración personal que haga cada empleador.

El autor de la demanda sustenta que un concepto tan indeterminado jurisprudencialmente no es aceptado, y que en ese sentido el principio de Estabilidad Laboral se ve afectado, toda vez que solo en casos excepcionales el empleador tiene la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo, y que con esta causal, le deja un poder amplio para terminar en cualquier momento la relación laboral, dejando expuesto a los trabajadores a injusticias.

Por ultimo afirma, afirma que el derecho no debe responder a reproches sociales, sino por el contrario solo reproche jurídicamente los comportamientos que afectan derechos ajenos o lesione o ponga en peligro bienes jurídicamente tutelados.

## **CONSIDERACIONES**

### **Respecto de la vulneración del Artículo 1 de la Constitución Política**

No es compartida la postura adoptada por el demandante, toda vez que se considera que la expresión “inmoral o” del referido artículo, no es contraria al pluralismo concedido por el artículo 1 de la Constitución, pues claramente se evidencia que el accionante se está refiriendo a una moral particular, en la cual cada individuo interpreta su moralidad respecto de sus convicciones, intereses y creencias, moral que no se enmarca en el artículo motivo de análisis.

Sumado a lo anterior, el demandante contradice su postura al referirse al término de moral social (o moral pública), aceptando que es aquella a la que se refiere el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Es importante entender que aquella moral social o moral pública, no atenta contra el pluralismo, la diversidad étnica y de culturas, todo lo contrario, aquella moral es necesaria para impartir principios y valores.



Aquellos principios y valores se generan no solo de la unión entre empleador y empleado, sino también de instituciones civiles como la familia, la iglesia, etc., las cuales nutren el ordenamiento jurídico, haciéndolo armónico e incluyente, y es por esta razón, que se propugna por el estado social de derecho.

Para George (2009):

Cuando las familias las iglesias y otras instituciones de la así denominada sociedad civil no cumplen o no pueden cumplir con su función, las leyes apenas bastaran para para preservar los principios morales públicos (...) Ahora bien, las leyes se descarrían cuando desplazan a estas instituciones y usurpan su autoridad. Al mismo tiempo, el papel del derecho se ve debilitado cuando las familias, las iglesias y demás instituciones no asumen sus responsabilidades o, peor aún, promueven prácticas moralmente falsas y destructivas. (P. 173)

La moral a la que se refiere la norma jurídica, ha sido aceptada por la Corporación Constitucional, como lo deja ver la sentencia C – 814 de 2001:

De manera general, del repaso hecho sobre dicha jurisprudencia puede concluirse que si bien la Corte ha desechado la adopción jurídica de sistemas morales particulares, ha convalidado en cambio la noción de “moral social”, como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta de las normas que persiguen la defensa de un principio de moralidad.

En conclusión, la expresión “inmoral o” motivo de análisis, no atenta contra el artículo 1 de la Constitución, como quiera que aquella expresión a la que se refiere la norma jurídica, se encuentra dentro de los límites de la moral social o moral pública, moral que es aceptada en un estado social de derecho, pues permite que las instituciones civiles generen principios y valores, y cumplan su rol social.

### **Respecto de la vulneración del Artículo 2 de la Constitución Política**

No es compartida la postura asumida por el demandante por las siguientes razones:

Afirma el accionado que el artículo 2 tiene una doble connotación, contra la cual atenta la expresión inmoral contenida en el texto motivo de análisis, las cuales son; (i) todas las autoridades del Estado deben respetar las creencias y libertades de todas las personas, y (ii) el Estado debe observar que todas las personas respeten las creencias y libertades de los demás.

El Estado en ningún momento está tomando una postura de irrespeto y mucho menos de inobservancia hacia las creencias y libertades de todas las personas. Debemos tener en cuenta que Colombia a partir de 1991 es un Estado Social de Derecho, en ese sentido, se deja a un lado el positivismo que excluía a la moral de los órdenes legales, y también aquella subordinación de la ley a la moral como lo proponía el iusnaturalismo. El estado social de derecho propugna por una legislación dinámica, donde se integra la moral y el derecho, o como lo explica el doctor Carrillo (2013):

La discusión actual parte de la idea de la moral ha dejado de ser una esfera indiferencia del derecho para integrarse. (...) Habermas, por su parte, ha señalado que la relación entre el derecho y la moral ha dejado de ser de complementariedad, para establecerse un entrelazamiento mutuo que hace que la moralidad deje de ser externa o flote sobre el derecho, como lo pensó el iusnaturalismo racionalista, y emigre al ámbito interno del derecho positivo como moral procedimentalizada.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C- 404 de 1998, ha ratificado que el concepto moral es aplicable al Estado Social de Derecho así:

A juicio de la Corte, la adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales -dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva –en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas –legales o constitucionales– es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirija. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, tal como será estudiado adelante, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

Se considera entonces que la expresión “inmoral o” contenida en el texto del numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en ningún momento presupone el irrespeto o la inobservancia que el Estado Social de Derecho le esté dando a las creencias y libertades de todas las personas, todo

lo contrario, la norma que emite el legislador proporciona razones para actuar o no actuar conforme a los principios de la sociedad, principios que podemos interpretar los ciudadanos como seres razonables que somos, capaces de desarrollarnos sin necesidad de esperar razones meramente instrumentales, en este sentido, el Estado garantiza el carácter de social dándole libertad y dignidad al individuo razonable para que actué conforme a lo que se considera moralmente aceptable en una sociedad.

### **Respecto a la vulneración de los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Política**

No es compartida la postura que el accionante asume frente a la violación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia y libertad de cultos.

En ningún momento la expresión motivo de análisis está vulnerando aquellas libertades consagradas en los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución, yerra el accionante en este sentido, pues catalogar la vulneración de aquellas libertades es crear un supuesto fáctico, pues la expresión “inmoral o” sí podría llegar a vulnerar estos derechos constitucionales, sólo si se diera una indebida aplicación por parte del EMPLEADOR. No se debe confundir entonces la inexiquibilidad de una norma con la cantidad de derechos constitucionales que se podrían vulnerar con una indebida aplicación, pues para ello existen mecanismos de protección que el juez constitucional amparara al momento de su vulneración.

Por otra parte, las libertades individuales no son absolutas y en algunos casos deben ceder a la moralidad pública, así lo ha mencionado la Corporación Constitucional en sentencia C- 404 de 1998 cuando refiere:

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional.

En Sentencia C-299 de 1998 se mencionó al respecto:

La jurisprudencia de la Corte ha enfatizado el carácter no absoluto de estos derechos; ha reiterado que las limitaciones que el orden jurídico imponga a su ejercicio deben tener como finalidad primordial, la armónica convivencia de las personas en sociedad y que, para que la restricción de estos derechos sea legítima, requiere un fundamento jurídico constitucional.

**En el contexto laboral**, aunque la legislación protege de manera amplia al trabajador en el pleno ejercicio de sus derechos desde la celebración del contrato, a través de su ejecución y hasta su terminación, no excusa conductas de su parte que, a más de ser inconstitucionales, entorpecen las relaciones de trabajo. (Negrilla fuera de texto)

Aunado a lo anterior, debemos tener en cuenta que la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo no es exclusiva del empleador, sino que el trabajador también tiene este derecho cuando el empleador no cumpla con sus obligaciones o cometa alguna prohibición.

El empleador además, debe respetar y no imponer obligaciones de carácter religioso o político, respetar sus creencias y sentimientos, y no ejecutar actos que vulneren o restrinja sus derechos o que ofendan su dignidad. Estos parámetros que rigen al empleador en sus actuaciones los encontramos en los numerales 5 y 9 del artículo 59 y el numeral 5 del artículo 57, ambos del Código Sustantivo del Trabajo.

En este sentido vemos como el legislador, aunque le permite cierta discrecionalidad al empleador para que razonablemente termine una relación laboral cuando considera un acto inmoral, al mismo tiempo está dotándolo de obligaciones, prohibiciones y principios que deben guiar sus relaciones y actuaciones frente a la norma (para el caso el despido con justa causa). Es así que se enmarca dentro de sus obligaciones y prohibiciones respetar aquellas libertades de los trabajadores, que racionalmente se supondría, no se debe terminar ninguna relación laboral a causa de ello.

Corolario a lo anterior, es clara la postura nuestra, en la cual se considera que la expresión “inmoral o” del numeral 5 del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en ningún momento vulnera las libertades consagradas en los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución.

### **Respecto a la vulneración del artículo 25 de la Constitución Política**

Es importante observar que la unión entre empleador y trabajadores una fuente de principios y valores pues “el acto de trabajo constituye un honor, una esperanza de perfección y de superación, porque es vida, creación, producción, realización personal y social y fundamento de libertad. El trabajo le da sentido a la persona humana y al progreso de la sociedad” (Obando, 2007, p. 174).

La Sentencia C-299 de 1998 nos menciona que:

El contrato de trabajo presupone, a más del cumplimiento recíproco de las obligaciones correspondientes al respeto mutuo entre el empleador y el trabajador y

entre este y los demás compañeros de trabajo, al igual que con los representantes del empleador con el fin de lograr que el desarrollo y ejecución de la relación contractual **se realicen en forma pacífica y armónica, y primen en ella la confianza, la lealtad y la solidaridad**. Es por ello que el artículo 56 del C.S.T. consagra dentro de las obligaciones del trabajador la “obediencia y fidelidad para con el patrono” y el deber de “guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros. (Negrilla por fuera de texto).

Por su parte, el artículo 56 del Código Sustantivo del trabajo establece que: “(...) incumben al {empleador} obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el {empleador}”. Esta fidelidad ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, “debe entenderse a la luz del pensamiento moderno como sinónimo de probidad, lealtad, honradez y buena fe, que obliga por igual a los trabajadores y a los patronos. Se habla entonces de la buena fe-lealtad, que se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber, en un sentido ético y moral, distinta de la buena fe-creencia que se refiere al campo del conocimiento”. (Sentencia C-299 de 1998)

Como podemos ver, la relación existente entre trabajador y empleador es una institución fuente de principios y valores, de los cuales el Estado Social de Derecho se vale para nutrir el ordenamiento jurídico, es por ello que el empleador como ser razonable, se encuentra facultado para determinar los actos inmorales que cometa su empleado, sin salirse nunca de las esferas constitucional y jurídica que rigen las relaciones laborales y sociales.

La terminación de la relación laboral, es una facultad que tiene tanto el empleador como el empleado, estos dos se encuentran dotados de aquellas facultades cuando se exteriorice alguna de las causales dadas en el Código Sustantivo del Trabajo.

De manera acertada el legislador dota al empleador para que mediante juicios morales, dé por terminada la relación laboral por justa causa, pues aquella estabilidad laboral que tiene el trabajador no es absoluta. La Sentencia C-299 de 1998 ha mencionado lo siguiente al respecto:

Cierto es que la ley laboral garantiza la estabilidad del trabajador y, por ende, la vigencia del contrato, pero cuando ocurren ciertos hechos que dificultan el desarrollo normal de las relaciones de trabajo, se puede terminar legítimamente el vínculo.

Aquel despido por justa causa, se vincula a una manera de sanción que tiene el empleador hacia su empleado, por infringir parámetros dados por las normas:

Cuando ocurra una de las situaciones descritas en la norma, y una vez se haya oído al empleado, el empleador puede recurrir a la terminación del contrato a manera de sanción para el comportamiento reprochable del trabajador; así como en la conducta socialmente reprochable existe la sanción penal por parte del Estado, la ley ha querido otorgar al empleador la posibilidad de sancionar una conducta que va en contra del comportamiento deseado dentro de una relación laboral, sin que con esto se pretenda “esclavizar” al trabajador. Simplemente se propende a conservar una situación de respeto mutuo y lealtad con ocasión de la relación laboral, y cuando ella se hace imposible por una conducta del empleado, su empleador pueda terminar el vínculo. (Sentencia C-299 de 1998)

Sin embargo, aquel despido que realice el empleador, debe respetar el debido proceso y el derecho de defensa que tiene el trabajador para controvertir cualquier situación que no considere correcta ni adaptada a derecho, en el caso del despido con justa causa, la ley impone al empleador una serie de requisitos procedimentales para hacer justa aquella actuación. Incluso el empleado al no encontrarse desacuerdo con la causa por la cual fue despedido, puede acudir ante la jurisdicción, para que, en derecho sea resuelto aquel conflicto de intereses.

La Sentencia C-594 de 1997 nos establece al respecto:

Se entiende que cuando el parágrafo señala que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar unilateralmente el contrato, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo. Así lo ha entendido la doctrina y la propia jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, con criterios que la Corte Constitucional comparte plenamente. La Corte concluye que el parágrafo demandado, lejos de desconocer la Carta, es un desarrollo del principio de buena fe en el ámbito de las relaciones laborales, pues permite precisamente a la otra parte conocer esos hechos justificantes, a fin de poder defenderse adecuadamente.

Se observa entonces que en la expresión “inmoral o” motivo de análisis, el legislador ha dejado a discrecionalidad del empleador la interpretación de los actos inmoralmente públicos que atentan con lo aceptado por la sociedad como moral, y estas situaciones jurídicas son aceptadas en un Estado Social de Derecho como el nuestro, pues aquel empleador es un ser racional y digno, por esto la norma le concede la posibilidad de tomar decisiones basadas en principios y valores los cuales enriquecen el mismo ordenamiento jurídico, haciéndola

dinámica y ajustada a la realidad social; pues si el ser humano respondiera a razones meramente instrumentales, actuaría como una computadora motivada por sus deseos, teorías y explicaciones reduccionistas contemporáneas del comportamiento humano, que tienen dificultad para proporcionar una noción mínimamente plausible de la dignidad humana. (George, 2009, P. 139).

Es por lo anterior, que en nuestra opinión, el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no contradice el artículo 25 constitucional, sin embargo, vale la pena aclarar que la expresión “inmoral o” se debe examinar bajo las luces de la moral social o pública y no de la moral particular o personal que en este caso sería la del empleador.

### **Respecto a la vulneración del Artículo 53 de la Constitución Política**

El doctor Benjamín Ochoa Moreno (Mencionado por Guerrero, 2008) menciona que la estabilidad se compone por la duración de los contratos, sistematización taxativa o abierta de las cláusulas de despido, procedimiento para los despidos disciplinarios y régimen indemnizatorio o de restablecimiento frente a los despidos. Al respecto nos habla de estabilidad absoluta y estabilidad relativa. La primera se da cuando existe la posibilidad legal del restablecimiento del contrato, mientras que la segunda se da cuando apenas procede indemnización por el despido arbitrario o injusto.

Es importante señalar que la estabilidad laboral de un empleado, nunca es absoluta, pues incluso aquellos que ostentan una estabilidad laboral reforzada pueden ser despedidos sin derecho a reintegro, si se cumplen los requisitos que ordena la ley. Entonces la estabilidad laboral, aunque es un derecho que vela por resguardar el mínimo vital y móvil, también encuentra su ruptura cuando contradice ciertas directrices establecidas por el legislador en la norma.

La Corte Constitucional en Sentencia C- 071 DE 2010 nos comenta que:

La Corte ha sido enfática en afirmar que la estabilidad laboral no trae como consecuencia la inamovilidad del empleado particular. Tanto el patrono como el empleador pueden dar fin a la relación de trabajo en desarrollo de la libertad contractual, siempre y cuando se respete el ámbito de la ley y los derechos de los trabajadores. (...) Solo de manera excepcional, la Corte ha admitido un grado superior de estabilidad laboral en aquellos eventos en que el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional. Esto se explica puesto que, para ellos, la finalización del contrato laboral implica una afectación de sus derechos fundamentales de tal magnitud, que no puede resarcirse ni siquiera con la indemnización a la que puede haber lugar.

La norma demandada faculta al empleador para despedir justamente a su empleado de forma unilateral, pero esto no quiere decir que el ordenamiento jurídico este avalando y amparando a este en las decisiones arbitrarias y contrarias a los principios. La norma en ningún momento está cubriendo al empleador para que mediante la expresión “inmoral o”, pueda abusar del empleado ni mucho menos vulnerar su derecho a la estabilidad laboral.

Por su parte, la Corte Constitucional, en caso similar, donde se demanda la inconstitucionalidad del numeral 3 Artículo 62, que trata la causal sobre “todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores”. En este caso la corporación expreso lo siguiente:

Aunque la norma demandada autoriza al empleador para poner fin a la relación laboral en forma unilateral, ello no implica que su decisión esté cubierta por el ordenamiento incluso cuando es caprichosa o arbitraria. Para efectos de su aplicación es necesario que se surta un procedimiento previo que garantice al trabajador su derecho de defensa. La terminación del contrato de trabajo debe ser una resolución justa, razonable y proporcionada con la conducta asumida por el trabajador

(...) Dado que la norma demandada no contiene una lista de las conductas que configuran los hechos allí señalados, se debe determinar en cada caso particular y concreto si los ultrajes, insultos, ofensas, injurias, improperios o actos de violencia, en que incurre el trabajador son realmente graves y ameritan que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo.

Por tanto, los hechos que dan lugar a la configuración de la causal referida deben ser analizados por el empleador en forma razonable, objetiva e imparcial y estar plenamente demostrados para evitar decisiones injustificadas que puedan perjudicar al trabajador.(...)

(...) Es importante insistir en que un hecho puede ser censurable y contrario al comportamiento que deben observar las partes en una relación de trabajo, pero para que encaje dentro de la causal a que nos hemos venido refiriendo, esto es, para que dé lugar a la terminación de la relación laboral se requiere la gravedad de la conducta imputada, la cual puede deducirse válidamente de la magnitud del hecho, las repercusiones que éste tenga y las circunstancias en que los hechos se presentaron. (Sentencia C-299 de 1998) (Negrilla fuera de texto).

Lo anterior es aplicable al caso en concreto, pues, aunque la expresión “inmoral o” pueda llegar a ser tan relativa, el empleador debe analizar la mag-



nidad del hecho en concreto, y debe hacer dicho análisis de forma razonable y fundamentada, la norma en ningún caso establece una libertad absoluta para que el empleador base su decisión respecto a su moral personal y particular.

Por otra parte, se visualiza en el ordenamiento laboral, que en aras de impartir justicia en la terminación del contrato laboral, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo determina un procedimiento previo al despido con justa causa, en el cual claramente se enmarca el numeral 5 del Artículo 62.

(...) quien pretenda finalizar unilateralmente la relación de trabajo, debe dar a conocer a la otra la causal o el motivo de su decisión. Causal que, se repite, debe estar plenamente demostrada. En consecuencia, no es posible alegar con posterioridad, causales distintas a las invocadas (...) el párrafo del artículo 62 del C.S.T., debe ser interpretado de conformidad con el principio de la buena fe: no es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.

(...) Cabe agregar también, que si el trabajador no está de acuerdo con la causal invocada por el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo, bien puede acudir a la jurisdicción laboral a impugnar esa decisión; un juez se encargará de evaluar objetivamente los hechos que dieron lugar a la controversia, y determinará si la decisión adoptada se ajusta o no al ordenamiento. (Sentencia C-299 de 1998)

Por las razones anteriores, se considera que la expresión “inmoral o” no vulnera el artículo 53 Constitucional, como quiera que la estabilidad laboral no genera la inamovilidad del empleado, sin embargo el empleador debe interpretar la norma conforme a los parámetros de razonabilidad, observando la magnitud del hecho y respetando el debido proceso y los mecanismos de defensa del empleado, los cuales velan por la estabilidad en el empleo y otros principios laborales.

Por último y teniendo en cuenta las anteriores razones, conceptuamos que la norma demandada debe ser declarada exequible por parte de la Honorable Corte Constitucional, en el entendido que la expresión “inmoral o” debe aplicarse conforme a los parámetros de la moral social o pública, y nunca de la moral individual, respetando en todo caso el derecho a la defensa del empleado.

## **Listado de referencias**

Carrillo de la Rosa, Yesid. (2013) *Inclusión de la Moral en el Derecho y otros ensayos de teoría jurídica*. Universidad de Cartagena. Cartagena de Indias: Editorial Universitaria.

Corte Constitucional. Sentencia C-594 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia C-299 de 1998. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia C-814 de 2001. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

George, Robert. (2009) *Entre el Derecho y la Moral*. Universidad Javeriana. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Guerrero, Guillermo. (2008) *Manual de Derecho del Trabajo*. Bogotá: Editorial Iyer.

Obando Garrido, J. M. (xxx). *Derecho Laboral*, Bogotá Colombia, Ediciones doctrina y ley LTDA.

Atentamente,

**Mónica Marcela Cárdenas Álvarez**

C.C. No. 65.780.704 de Ibagué

Asesora Consultorio Jurídico del área de Derecho Laboral

**Cristhian Ricardo Abello Zapata**

C.C. No. 1.110.479.305 de Ibagué

Monitor Judicante Consultorio Jurídico del área de Derecho Laboral



## Plagio y sanción

Kelly Castaño-Ortiz\*

**Resumen.** El presente ensayo se realiza a partir de un corto análisis del fenómeno de *copyright* o infracción a los derechos de autor; situación anómala que se lleva a cabo por medio del plagio y que para este escrito se aborda desde una perspectiva general de la normativa.

Asimismo, se apoya de manera especial en fundamentos constitucionales. Se orienta también hacia las infracciones disciplinarias impuestas a los estudiantes en las instituciones de educación superior, que sirven para ejemplificar algunos casos sucedidos en reconocidas universidades nacionales. Dichas infracciones disciplinarias impuestas son atentatorias de los derechos constitucionalmente concebidos, tales como los derechos morales y patrimoniales de autor, que principalmente se encaminan hacia el respeto por la producción tecnológica, investigativa, científica, académica, entre otras.

En este sentido, la Ley Penal, por medio de la Ley 599 de 2000, se encarga de intentar apaciguar dicho comportamiento delictivo, por medio del bien jurídico: “De la protección de la información y de los datos”. De igual forma, la expedición de la Ley 44 de 1993 sirvió para obligar a los *autores* a registrar sus obras y producciones de nuevo conocimiento en el Registro Nacional de Derecho de Autor.

**Palabras claves:** Plagio, sanción, penal, universidad, autor.

Según el Diccionario de la Lengua Española (s. f.), la palabra citar (Del lat. *citāre*) significa: “Referir, anotar o mencionar los autores, textos o lugares que se alegan o discuten en lo que se dice o escribe” (s. p.). Por esto se tomará como referencia para el presente artículo, el significado de plagiar en este sentido:

---

\*Abogada especialista en Derecho Penal. Joven investigadora del Grupo de Investigación Zoon Politikon.

Plagiar significa: *Apropiarse indebidamente de la producción intelectual ajena en cualquiera de sus formas conocidas*. Sus diferentes episodios generan distintas infracciones contra el derecho de autor o *copyright*.

El plagio ocasiona un desconocimiento masivo de la paternidad que existe entre el verdadero autor y su obra, lo cual lesiona a su vez los derechos morales y patrimoniales del mismo. Esta práctica surge cuando al tomar la información producto de la labor de un autor no se realiza la correspondiente cita. Situación que ocurre en todos los ámbitos de la vida, gracias a la apertura hacia las nuevas tecnologías y la internet. Para evitar caer en el yerro del *copyright* es indispensable hacer citas.

Las instituciones de educación superior tienen en sus manos la difícil tarea de lidiar todo el tiempo con esta práctica reprochable. La Ley colombiana se ha ocupado en varias oportunidades del tema. La Constitución Política de 1991, en su Artículo 61, establece que: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley”. El desarrollo legal de este mandato ha permitido el surgimiento de otras normatividades que se ocupan de regular y sancionar a los responsables de plagio.

La expedición de la Ley 23 de 1982 sobre los Derechos de Autor, aún vigente, establece directrices de protección a favor de autores de obras literarias, científicas y artísticas. La misma norma ampara a los intérpretes y/o ejecutantes, a los productores de programas y a los organismos de radiodifusión en sus derechos conexos a los del autor. Además, prescribe en detalle cada una de las clases de obras sobre las cuales recae dicha protección.

Con posterioridad a la consolidación de la actual Carta Magna, se expidió la Ley 44 de 1993, que establece la obligación de inscribir en el Registro Nacional de Derecho de Autor todo acto por virtud del cual se enajenen los derechos patrimoniales, así como cualquier otro acto o contrato vinculado con estos. Esto, con el fin de dar mayor publicidad y oponibilidad ante terceros interesados (Artículo 6). Dicha Ley señaló en su momento una pena de dos (2) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios legales mínimos mensuales vigentes.

Para introducir el tema de las sanciones que se ejecutan actualmente, es preciso explicar que el Estado, en su afán de impedir el aumento progresivo de los casos de plagio, decidió regularlo como *ultima ratio* en el Código Penal, por medio del bien jurídico: “De los delitos contra los derechos de autor”; Título VIII, capítulo único. Este surge como una medida represiva que busca

castigar a los infractores de las leyes previamente descritas, no solo con multas sino con penas privativas de la libertad.

En la noticia: *Conozca las consecuencias legales y disciplinarias cuando se hace un plagio*, publicada en la página virtual del periódico La República (2012, julio 9), se afirma:

De acuerdo con Silvia Helena Montoya Borrás, jefe de la Unidad Nacional de delitos contra la propiedad intelectual de la Fiscalía General de la Nación, el titular de una obra adquiere tres tipos de derechos que son irrenunciables e imprescriptibles.

Los primeros hacen alusión a la paternidad, la integridad, la ineditud y el retracto sobre la obra. Vulnerar cualquiera de estos, sostuvo, puede generar multas de 26,6 a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) y cárcel de 2 a 5 años. En segundo lugar están los patrimoniales, estos tienen que ver con la facultad que tiene el titular de una obra para permitir a terceros su utilización o reproducción, como es el caso de las transmisiones de fútbol. Obviar este derecho trae penas que van desde los 4 a los 8 años de prisión y multas que van hasta los 1.000 SMMLV.

En tercer lugar están los derechos conexos, estos, aseguró Montoya, recaen en los artistas, intérpretes, organizadores de radiodifusión, así como en los productores de fonogramas (s. p.).

Acorde con las cifras expuestas en la Figura 1, a continuación, se observa que hasta el año 2012, fecha de esta publicación, se adelantaban 607 investigaciones por vulneración a los derechos de autor y 306 de estos casos se en-

**Figura 1.** Delitos penales por violación de derechos



Fuente: La República, 2012, julio 9.

contraban a cargo de la Unidad Nacional Especializada. También, en la misma imagen se informa que de acuerdo con la Business Software Alliance (BSA), el índice de piratería en el país es del 53%.

Finalmente, se exponen las consecuencias disciplinarias que se llevan a cabo en dos (2) prestigiosas universidades del país: Universidad Nacional de Colombia y Universidad Javeriana. Dichas sanciones van desde la pérdida de la materia, hasta la expulsión definitiva del plantel educativo.

La vulneración de los derechos morales y patrimoniales de autor continúa muy a pesar de las sanciones disciplinarias y penales. De acuerdo con las cifras, los casos reportados son mínimos. Sin embargo, parece que existe un reproche social generalizado, pero pocas son las acciones que se han adelantado para evitar el plagio.

El asunto es de trascendencia cuando desciende al ámbito académico. Puesto que si bien el investigador está obligado a citar por la misma naturaleza de la labor que desarrolla, el estudiante parece estar obnubilado y totalmente ajeno al tema. Dichas circunstancias hacen permisivos los asuntos correspondientes para llevarlos a cabo en la práctica, con la sencilla excusa de *no sabía que eso no se podía hacer*.

En Sentencia de Tutela 941A (2011) de la Honorable Corte Constitucional, polémica por su contenido, se ordenó entre otras cosas, que la universidad demandada, incluyera en su Reglamento Académico Estudiantil de Pregrado y Postgrado medidas claras y eficaces tendientes a:

- (i) Detectar, investigar y sancionar drásticamente a quienes incurran en conductas violatorias de los derechos de autor (plagio) o irregularidades intelectuales en sus trabajos de grado y (ii) procurar el seguimiento efectivo a los trabajos de grado, así como, a la verificación del cumplimiento de sus requisitos para optar por el derecho al título profesional de sus programas académicos (Sentencia T-941A, 2011).

Según aparte de los antecedentes de la Sentencia, la estudiante Jhoennya Moreno Reales interpuso acción de tutela alegando la protección de sus derechos fundamentales a la educación, igualdad y trabajo, vulnerados por la parte accionada (Universidad Autónoma de Colombia) al ordenar su exclusión de la ceremonia de grado y al negarse a expedirle el Certificado del Título de Abogado, a pesar de cumplir los requisitos para optar por el mismo.

Dicha decisión fue importante, porque instó a todas las universidades del país a incluir las sanciones disciplinarias correspondientes en los casos en que exista una evidente violación al derecho de autor, por medio del plagio. Por

ejemplo, la Universidad de Ibagué en su reciente reforma al Reglamento Estudiantil incluyó en los Artículos 84 y 116 del cuerpo normativo, la descripción de la conducta y la correspondiente manera de sancionar al estudiante o estudiantes infractores.

En este orden de ideas, surge un interrogante: Si a pesar de existir previamente una sanción disciplinaria perfectamente aplicable a cualquiera de estos casos, ¿no resulta entonces excesivo que los casos reconocidos de plagio al interior de las instituciones de educación superior, también deban ser informados a la Fiscalía para ser tramitados de inmediato como un delito?

## Referencias

- Diccionario Real Academia Española (s. f.). Citar. Consultada el 17 de junio de 2015, en: <http://lema.rae.es/drae/?val=citar>
- La República (2012, julio 9). Conozca las consecuencias legales y disciplinarias cuando se hace un plagio. Consultada el 17 de junio de 2015, en: [http://www.larepublica.co/asuntos-legales/conozca-las-consecuencias-legales-y-disciplinarias-cuando-se-hace-un-plagio\\_14871](http://www.larepublica.co/asuntos-legales/conozca-las-consecuencias-legales-y-disciplinarias-cuando-se-hace-un-plagio_14871)
- Sentencia T-941A (2012). Corte Constitucional Colombia. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

## Bibliografía recomendada

- Biblioteca Universidad de Lima. (2014). Recomendaciones y aspectos básicos del estilo APA. Citar vs Plagiar (3a ed. en español, 6a. ed. en inglés). Consultada 17 de junio de 2015, en: [http://www.ulima.edu.pe/sites/default/files/news/file/citas\\_referencias\\_apa.pdf](http://www.ulima.edu.pe/sites/default/files/news/file/citas_referencias_apa.pdf)
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000 [Compilación Botero Bernal, J.]. Consultada el 17 de junio del 2015, en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l\\_20130808\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf)
- Consejo Superior de la Judicatura. Sala Administrativa (2010). Constitución Política de Colombia 1991. Consultada el 17 de junio de 2015, en: <http://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf/8b580886-d987-4668-a7a8-53f026f0f3a2>
- Rodríguez Quispe, N. & Sánchez Baya, M. (2011, diciembre). Plagio, una falta de Ética. En *Revista Científica Ciencia Médica*. Vol. 14. N° 2. Consultada el 17 de junio de 2015, en: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S1817-74332011000200002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S1817-74332011000200002&script=sci_arttext)





Presentación del libro: *Caminos de convivencia. Conformación del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos*

Augusto José Ibáñez Guzmán\*

El profesor Jorge Augusto Lozano Delgado me ha encargado la peligrosa misión de presentar su muy importante aporte al debate y, por supuesto, a la literatura jurídica, intitulado *Caminos de convivencia. Conformación del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos* (2012).

No me he equivocado al expresar que la misión es del todo peligrosa, si se tienen en cuenta los siguientes elementos explosivos: (a) En cuanto al objeto: (i) Un aporte sin esguinces, (ii) sin premuras, (iii) sin ocultar contenidos y (iv), una deliciosa configuración que será de aprovechamiento para paladar grado. (b) En cuanto al sujeto presentador: (i) Una aventura hablar del autor, pues no poseo imparcialidad, (ii) un placer hacerlo y, en qué tema; (iii) un reconocimiento de respeto por el autor y (iv), un sobrecogimiento del alumno que habla cuando trata de presentar al profesor en su obra.

Con esto enfrento el riesgo: Ya ni me acuerdo, como sucede en el anverso del libro en el que no se dice la fecha del nacimiento del autor –creo que más por olvido que por no dejarnos saber–, repito, ya ni me acuerdo cuándo fue el momento estelar en que nos dio por hacernos cercanos. Pero desde allí,

---

\* El doctor Augusto José Ibáñez Guzmán, quien amablemente ha participado en esta oportunidad con la presentación del libro *Caminos de convivencia*, es abogado de la Universidad Externado de Colombia y especialista en Derecho Penal de la misma Universidad; exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia, profesor universitario y reconocido jurista en el mundo académico de las ciencias penales. Sea esta la oportunidad para profesarle nuestro infinito agradecimiento por el aporte realizado en esta presentación, y su afable disposición para con nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

no hace mucho, cuenten en quincenas, se ha trenzado una grata amistad con anécdotas, vivencias, dolores y, cuál la razón para no decirlo, con emociones altivas. Y a la par, se concretó un momento de compartir elementos de la arquitectura jurídica, pues él, el autor, tuvo el atrevimiento –para su momento lo era– de invitarme a la hechura de un libro *La ira e intenso dolor. Degradantes de responsabilidad* (1989). Así, desde allí hasta hoy, las recetas jurídicas y los chascarrillos metodológicos lo han podido todo. Obvio, yo aproveché la oportunidad y les confieso, además de trabajar, me divertí y me he divertido en demasía, porque quien conozca al profesor Augusto Lozano sabe de su picante e inteligente humor; ¿descubro algo?

Pero no me corresponde hablar de cosas menos serias: Tenemos que decir que gracias al esfuerzo del autor, la labor en la construcción de un preciso discurso y al terminar sus estudios, Magíster en Andalucía, España, la Editorial Académica Española, pone a la luz el trabajo que presentamos.

Se cruzan con excelente propósito tres temas de conocimiento, con la indiscutible finalidad de reflexionar sobre la convivencia; por tal razón, nada mejor que entronizar la expresión *Camino: Camino a la convivencia*.

El primer camino, el del Derecho Internacional Humanitario plantea que antes de rechazar la convivencia es punto de no retorno, para reducir los resultados superfluos<sup>1</sup>, que en latitudes no iniciadas denominan *la humanización de la guerra*, como si la guerra se pudiera humanizar. Como hecho, la guerra se da, se encuentra y el Derecho Internacional Humanitario, solo, únicamente traza la protección en y sobre la población civil, los bienes protegidos y, por supuesto, sobre los medios de guerra. Ese aparato de guerra, tan vital desde el punto de vista económico y, tan destructor, en la humana condición, posee hoy, más que nunca, un juego de superación de la vulneración y por supuesto, la víctima cobra su lugar que aquí, y en este momento, constituye el punto de inflexión para llegar al *nunca jamás*, que quiere decir que no debe ello volver a ocurrir nunca jamás.

Miren ustedes un elemento de inicio, según acertadamente afirma el autor: “[...] acaso por ese principio según el cual si la guerra se torna en inevitable, a lo menos hagamos de ella un recurso lo menos irracional posible [...] Fueron naciendo normas de la misma guerra” (Lozano, 2012, p.9) y allí, un camino, el que se desarrolla con el devenir del que se denominara en su periplo: Derecho Internacional Humanitario.

---

<sup>1</sup> Superfluo, flua. (Del lat. Superflūus). 1. Adj. No necesario, que está de más (RAE, s.f.).

En punto traza el autor, como buen pintor, el segundo camino, que trata del Derecho Penal Internacional. Largas páginas y mucha, mucha, tinta se ha utilizado para plasmar el que debería ser *un* Derecho Penal Internacional o, sería mejor, *un* Derecho Internacional Penal; a salvo y, en mejores términos, superada la discusión, un tanto lateral, el autor se decide por el camino del denominado Derecho Penal Internacional y allí, luego de retratar en exacto dinamismo lo sustancial, lo operativo y, por supuesto, lo procedimental, llega a punto de reflexión, en cuanto a la axiología en punto de aplicación:

Las relaciones, siguiendo en tanto a Cassese, agregamos, entre los Estados se basan en el principio de la igualdad formal; las existentes entre un Estado y una jurisdicción penal internacional se inspiran, en cambio, en el principio jerárquico. Así pues, mientras que entre los Estados puede hablarse de extradición, entre un Estado y un tribunal penal internacional se habla de entrega. Pero deben coincidir en que los derechos del acusado son plenamente respetados en las instancias judiciales internacionales (p.104). [Y así] El Derecho Penal Internacional (DPI) es una institución determinante en el proceso de la búsqueda de la paz y de la sanción de los autores directos e indirectos de graves atentados contra la humanidad [...] El largo camino recorrido, sobre el escombros del dolor y vergüenza, debe conducir a tener la certeza de juicios imparciales, pero severos y estrictamente celosos de la custodia del bien jurídico que se consagra: La humanidad entera (p.107).

Pero permítaseme agregar:

La ‘zona de transición’ constituye el esfuerzo imaginativo de producción del diálogo, la estructura de la legitimidad, que luego se convertirá en legalidad y, por supuesto, el límite a las posibilidades de acción, que irán desde los ‘acuerdos operativos’, los ‘acuerdos especiales’, hasta las comisiones de la verdad. Gama, formas, mecanismos de desarrollo de la legitimidad, que devendrá posteriormente en legalidad (Ibáñez, 2012, s. p.).

Un respeto a los compromisos internacionales, como configuración y concreción del *deber de cumplir y hacer cumplir* que antiguamente le correspondía al Ejecutivo y, hoy deber del Estado, que en tal perspectiva incluye al juez.

En fin, también explora el camino de los Derechos Humanos, para algunos: Derecho de los Derechos Humanos, tratando de dar precisión al contenido mismo de aquello que se ha de entender por Derechos Humanos. Sobre todo superando la dialéctica discursiva y metodológica, el autor advierte que:

[...] en referencia a la fundamentación de los derechos humanos, estos son básicamente la dignidad de la persona y esta no depende de ningún sistema jurídico en

sentido amplio. Ahora bien, se debe tener en cuenta que el concepto se comprende, como las características que convierten un derecho en fundamental, mas no lo que justifique su creación. En estos términos, por tres criterios principales: (i) que el derecho sea esencial para la protección de la persona; (ii) que el derecho, de no ser fundamental, se encuentre en conexidad directa con uno de esta naturaleza, (iii) que el derechos tenga reconocimiento expreso como fundamental por parte del constituyente (Lozano, 2012, p.129).

Así, el autor transita, con especial pasaporte, por los diversos caminos en busca de la convivencia; y estamos conformes, como cuando se trata del Sistema de Libertades Públicas, ínsitas en tal predicamento, aferrándonos a la posibilidad de la represión normativa y, como excepción, a la prevención, pues como garantía de libertad, en un concepto de pluralismo, la conducta sancionable, que solo lo será cuando ocurre, es más aconsejable que la conducta en prevención, en la que no se deja actuar, pues todo será posible mediante el permiso y no por la libertad.

Invito pues, sin duda alguna, a una lectura de tan interesante obra.

## Referencias

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española-RAE (S.F.). Superfluo. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=superfluos>
- Ibáñez Guzmán, A. J. & Lozano Delgado, J. A. (1989). *La ira e intenso dolor. Degradantes de responsabilidad*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ibáñez Guzmán, A. J. (2012, septiembre 6). Los estándares y la legitimidad. En *Kienyke.com*. Disponible en: <http://www.kienyke.com/kien-escribe/los-estandares-y-la-legitimidad/>
- Lozano Delgado, J. A. (2012). *Caminos de convivencia. Conformación del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Penal Internacional y de los Derechos Humanos*. Saarbrücken, Alemania: Editorial Académica Española.

## Presentación del libro: *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos: Especial referencia al delito de omisión de control*

Omar Albeiro Mejía Patiño\*

Constituye un gran honor poder hacer parte de la presentación de la obra del doctor Hernando Hernández Quintero.

Este honor, pese a haber sido encomendado, no se siente como una carga difícil de ser llevada, y no porque sea sencillo presentar el libro de un gran colega, excelente académico y compañero de muchas jornadas de trabajo, sino porque cuando además debes presentar la obra de un gran amigo, la cuestión deja de ser un imperativo y pasa a convertirse en un auténtico motivo de júbilo y alegría.

Hace algunos años, y es mejor no mencionarlos, el doctor Hernando Hernández fue quien me orientó en la aventura de la docencia, me enseñó el mundo académico del que posteriormente hice mi proyecto de vida, y fue la primera persona que me tendió su mano generosa para laborar en la Universidad de Ibagué como profesor. En esta ocasión, no puedo dejar de recordar sus sabias orientaciones, pero sobre todo su dadivosa colaboración, siempre desinteresada y en cierta forma desmedida.

---

\* El doctor Omar Albeiro Mejía Patiño, quien nos honra en esta oportunidad con la presentación del libro *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos. Especial referencia al delito de omisión de control*, es abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Penal Económico de la Universidad de Castilla-La Mancha, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Ibagué y en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha. Actualmente se desempeña como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué.

Quienes conocen al doctor Hernando Hernández, reconocen en él su caballerosidad, su siempre trato respetuoso, su solidaridad y honestidad, su deseo de querer hacer las cosas por el camino en el que solo transitan los correctos; pero yo, que me considero su amigo, veo en él un gran abnegado, casi un mártir de la academia, un hombre que ha sacrificado años de su vida en pro de la formación de un gran número de personas, y que no ha sentido temor de entregar su conocimiento a los *nuevos*, y eso requiere auténticos sacrificios.

Escribir un libro no es solo el resultado de un serio proceso investigativo, es ante todo un acto de solidaridad con los que no saben o los que quieren saber más; es entonces un acto de desprendimiento que finalmente contribuye al ideal de que con el conocimiento y solo a través de él, se puede construir una sociedad mejor.

Con otros colegas dedicamos largas jornadas para escucharnos en tertulias permanentes sobre los proyectos académicos e investigativos que adelantábamos. Estos espacios de encuentros permitían un crecimiento intelectual, que en estos tiempos resultan tan difíciles de practicar. Otra actitud para admirar del doctor Hernández, es su paciencia y constante disposición para escuchar a los demás. Sin estos ejercicios dialécticos, difícilmente nuestros proyectos de investigación o demás trabajos académicos, tendrían la solidez de ahora.

Para entrar en la presentación de la obra que nos ocupa, debo advertir que la creciente problemática que encierra la criminalidad organizada en estos tiempos, obedece en buena parte al imaginario de que el delito con propósitos de enriquecer las arcas propias a costa de operaciones que aparentan legalidad, realmente provienen de la comisión de otros delitos.

El ocultamiento del origen ilícito de los recursos del delito, pero sobre todo de su enorme utilidad, han llevado a la actividad delictiva a mirar con apetitosos ojos el sistema financiero, para a través de él efectuar una especie de *alquimia moderna delictual*, en la que se cree que puede existir la transmutación de la materia; si el propósito del alquimista era conseguir la transmutación de metales vulgares en oro y plata, como también la elaboración de un remedio milagroso que curase todas las enfermedades para prolongar la vida, el alquimista delictual moderno puede considerar transmutar el recurso ilícito, proveniente de un delito, en uno sólidamente lícito. El lavado de activos es una infracción que paga, pero a unos pocos y a costa de otros. Este es un delito que le cuesta mucho a la sociedad colombiana en general.

En una entrevista reciente, el doctor Hernández señalaba que el ingreso de dineros provenientes de actividades ilegales produce un inmenso daño a

la economía del país, al punto que puede alcanzar el 3% del Producto Interno Bruto. En este sentido, advertía que es fundamental contar con una cultura de la prevención, como la que han impulsado las entidades financieras, primero, en forma voluntaria y luego, por disposición legal. Con todo, como ello no es suficiente, es preciso sancionar penalmente a todas las personas que presten su concurso para esa desviada conducta. Lo importante es que exista un tipo penal básico, como el del Artículo 323 del Código Penal, al que se llegue por vía de acción o de omisión, y no como ahora, mediante el tipo especial del Artículo 325, para aplicarlo a los funcionarios del sector financiero.

La obra que se presenta hoy: *La responsabilidad penal de los funcionarios del sector financiero por el lavado de activos. Especial referencia al delito de omisión de control*, del doctor Hernández, editada por la Universidad Externado de Colombia, deja a consideración de los lectores el panorama jurídico de la omisión de control. Este, se aborda desde la aplicación de normas de Derecho Administrativo, como las consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con las que se fortalece la prevención del lavado de activos. Sin embargo, con el reconocimiento de no ser suficiente tal aplicación, debe actuarse con severidad frente a los que, con su conducta dolosa, facilitan el perfeccionamiento del delito, dando paso al estudio de su tipificación como tal, para abordar en este mismo capítulo los antecedentes y el desarrollo histórico del mismo, así como el avance de críticas a esta tipificación delictual. Finalmente, propone la supresión del tipo penal de omisión de control del Código Penal colombiano.

La segunda parte de la obra del doctor Hernández hace referencia al delito de lavado de activos por omisión de control, desde la visión de la imputación objetiva. En esta se abordan, desde una metodología deductiva, los aspectos generales de la imputación objetiva, la posición de garante en consideración en el delito de lavado de activos, y termina por concluir que de conformidad con las nuevas corrientes del pensamiento penal, especialmente la imputación objetiva, es posible eliminar la omisión de control y sancionar, bien como autor o partícipe del tipo básico de lavado de activos, al funcionario que participa en el punible con plena conciencia y a quien viola su posición de garante, como comisión por omisión. No obstante, el autor recomienda reservar la aplicación de normas de Derecho Administrativo Sancionador para el funcionario cuyo comportamiento no se ubica en los niveles comentados, o que es posible reconocerle el principio de confianza o la prohibición de regreso. Todo parte del riesgo permitido en el que se mueve la actividad financiera y si la persona supera o no dicho riesgo, además de su incuestionable posición de garante.



En términos resumidos, y solo con el ánimo de que este auditorio salga deseoso de comprar y leer esta obra, puedo afirmar que la misma reúne todas las condiciones para ser considerada original, actual, novedosa y contribuye al pensamiento científico-jurídico.

Igualmente, la obra da cuenta de unos importantes antecedentes doctrinales y jurisprudenciales, al reconocer de esta manera la historia y los autores que han abordado desde diferentes ópticas el objeto de estudio propuesto. Al final, establece un análisis que aporta significativamente al área del Derecho Penal Económico, la cual puede trascender a una finalidad de política criminal, poco abordada entre los estudiosos del Derecho Penal.

Se evidencia la claridad expositiva del autor, pese a la rigurosa técnica jurídica que acompaña la temática abordada, al utilizar un lenguaje claro, apropiado y consecuente. De este modo permite que el texto pueda ser leído con agrado y claridad, siendo consecuente con el campo disciplinar del que hace parte.

No podría terminar esta presentación de la obra del doctor Hernández, sin hacer referencia a las únicas *víctimas* de su libro: Su familia, a su esposa Mónica por su generosidad en permitir largas horas de ausencia de su esposo para concluir este proyecto; a sus hijos, Laura y Camilo, por su complicidad permanente.

Gracias doctor Hernando por seguir enriqueciendo con su legado esta tierra que se ha honrado de tener insignes juristas tolimenses como usted.

Marzo de 2015

## Sentencia C-931/14

Referencia: expediente D-10243  
Demanda de inconstitucionalidad contra  
el numeral 5 (parcial) del artículo 62 del  
Código Sustantivo del Trabajo.  
Actor: Andrés Felipe Orjuela Prieto  
Magistrado Ponente:  
Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Bogotá D.C., tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014)

**La Sala Plena de la Corte Constitucional**, conformada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva –quien la preside–, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Martha Victoria SÁCHICA Méndez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

### 1. Antecedentes

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Andrés Felipe Orjuela Prieto, demandó la constitucionalidad del numeral 5 (parcial) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, por considerarlo contrario a los artículos 1, 2, 16, 18, 19, 25, y 53 de la Constitución Política.

Mediante auto del seis (06) de junio de dos mil catorce (2014), el Despacho del Magistrado Sustanciador admitió la demanda.

En atención a lo anterior, comunicó el presente proceso al Presidente del Congreso de la República e invitó a participar en el debate al Ministerio de la Protección Social, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Comisión

Colombiana de Juristas, a la Confederación General de Trabajo –CGT–, a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia –CUT–, a la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia –ANDI–, a las Facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Nacional, Pontificia Bolivariana, Javeriana, Eafit, Santiago de Cali, Libre, San Buenaventura, de Medellín, del Norte, del Sinú –Seccional Montería–, Sergio Arboleda, Externado de Colombia, de Ibagué y de Jurisprudencia del Rosario. Finalmente ordenó, en el término de fijación en lista, correr traslado del expediente al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor.

### ***1.1. Normas demandadas***

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada; se subraya el aparte acusado:

#### ***“CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO***

***ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.*** <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

*... Por parte del empleador...*

*5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores...”*

### ***1.2. La demanda***

*1.2.1.* El ciudadano Andrés Felipe Orjuela Prieto estima que la norma acusada vulnera los artículos 1, 2, 16, 18, 19, 25 y 53 de la Constitución Política. En consecuencia sustenta el concepto de la violación en relación con cada uno de los preceptos constitucionales de la siguiente manera:

*1.2.2.* Inicia el demandante afirmando, con relación al artículo 1 Superior que el concepto de moral es relativo y mutable, razón por la cual considera que hablar de una *moral social* es hacer referencia a un concepto discriminatorio pues esta sería simplemente una moral de las mayorías, apartando otro tipo de concepciones protegidas por la Carta mediante el reconocimiento del principio pluralista. Así, el ordenamiento constitucional propugna por la convivencia pacífica y armónica de distintos tipos de moral.

1.2.3. De lo anterior, colige que también existe un desconocimiento del artículo 2 Superior por cuanto las autoridades del Estado tienen el deber de respetar y proteger las creencias y libertades de todos los ciudadanos, y no solamente de las mayorías, razón por la cual el Estado debe garantizar el respeto y la tolerancia de los diferentes códigos morales.

1.2.4. Adicionalmente, señala que la norma cuestionada vulnera el libre desarrollo de la personalidad, artículo 16 de la Carta, toda vez que la moral parte del fuero interno de la persona y el precepto demandado permite al Estado y a los empleadores invadir este plano individual a partir de la imposición de mandatos que lesionan la autonomía de cada sujeto. De este modo, se desconoce que el único límite a este derecho es la vulneración de un derecho ajeno o la causación de un perjuicio social, evento que ocurre solo con una conducta delictiva y no una propia del fuero interno.

1.2.5. El actor aprecia además que la norma vulnera la libertad de conciencia amparada por la Carta, dado que la moral se relaciona íntimamente con las convicciones o creencias personales a partir de las cuales nadie puede ser molestado por mandato expreso del artículo 18 Constitucional. En tal sentido, aduce que el aparte demandado implica la imposición de conceptos morales específicos y la sanción de proyectos de vida minoritarios, siendo contrario a la Constitución. En idéntico sentido, encuentra el ciudadano una violación del derecho a la libertad religiosa, artículo 19 Superior, pues arguye que la moral tiene connotaciones religiosas y calificar un hecho como inmoral puede dar paso a que el empleador cometa arbitrariedades que afecten la libertad de cultos.

1.2.6. Además, para el demandante el precepto objeto de reproche contraviene el derecho fundamental al trabajo en condiciones dignas y justas, artículo 25, así como el principio de estabilidad laboral contemplado en el artículo 53 de la Carta. Lo anterior se explica en la indeterminación del término “*inmoral o*” contenido en la ley, expresión ambigua a la cual se sujeta una justa causa de terminación del contrato laboral. En este respecto, menciona, que aunque esta Corporación en sentencia C-350 de 2009<sup>1</sup> señaló que el uso de conceptos jurídicos indeterminados no está prohibido, existen situaciones y contextos en los que el uso de estas expresiones puede contrariar postulados constitucionales,

---

<sup>1</sup> M.P. María Victoria Calle Correa

cuando por ejemplo dicho grado de indeterminación compromete el ejercicio y goce de derechos constitucionales.

1.2.7. En efecto, dice, dada la indeterminación de la expresión señalada, queda a la libre interpretación y valoración del empleador esta causal de terminación unilateral del vínculo de trabajo. En su criterio, el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo con base en una *valoración personal de lo que considera como inmoral (...) dejando expuestos a los trabajadores al riesgo de un despido arbitrario, ya que (...) el trabajador no sabe si su comportamiento [...] que para él es moral puede ser inmoral para su empleador.*

1.2.8. Reitera que, aunque la Corte Constitucional ha admitido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, también ha asegurado que existen situaciones y contextos en los que el uso de este tipo de expresiones no es aceptado constitucionalmente. Por ende, el aparte acusado resulta ser tan indeterminado que vulnera y afecta el derecho fundamental al trabajo, así como el principio constitucional de protección a la estabilidad laboral.

### **1.3. Intervenciones**

#### **1.3.1. Ministerio del Trabajo**

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) del Ministerio del Trabajo, intervino en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte la declaratoria de **EXEQUIBILIDAD** de la expresión acusada.

1.3.1.1. A través de escrito formulado por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Ministerio de Trabajo solicita que se declare la exequibilidad de la norma acusada. Con el fin de sustentar su petición, resalta la importancia de analizar el concepto de moral que se desprende de la disposición demandada, para lo cual refiere un estudio constitucional de la norma a partir de elementos puros de la teoría y filosofía del derecho como producto de la ciencia humana.

1.3.1.2. En este sentido, señala, la moral viene del vocablo Mores que traduce “costumbre”, y que este último es un elemento compositivo de la filosofía a partir del cual nace la diferenciación entre la moral y el derecho; lo que permite colegir que estos conceptos, surgen de las ciencias humanas y tienen como objetivo común la regulación del comportamiento del ser humano en sociedad,

pero aclara que en el derecho dicha regulación opera mediante reglas plasmadas en normas positivas.

1.3.1.3. Siguiendo esta línea argumentativa, menciona entonces que la moral no solo se encuentra compuesta por un aspecto meramente subjetivo, sino que conlleva también un estudio y evolución social a través de la costumbre, identificando, de esta manera, una relación entre moral y derecho, sustentado adicionalmente, en la sentencia C- 224 de 1994<sup>2</sup>.

1.3.1.4. De acuerdo con lo anterior, sostiene que cuando el legislador realiza una referencia a la moral, lo hace en el entendido de que son normas de común aceptación social, las cuales se pueden nombrar como *moral social o colectiva*, de acuerdo con la sentencia C- 814 de 2001<sup>3</sup>, en la cual se determinó que *la exigencia de idoneidad moral [...] debe entenderse como referida a la noción de moral social o moral pública, [...] y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno ético, a los que el juez pudiera estar en libertad de acudir según sus personales convicciones, para definir la suficiencia moral del solicitante.*

1.3.1.5. Ahora bien, luego de precisar la identidad de puntos de partida –la ciencia humana–, y de objetivos –regular el comportamiento en sociedad– el Ministerio sostiene que, aunque la forma de aplicación de cada uno de estos conceptos es diferente, ello no obsta para que una norma moral se pueda desprender o apoyar en una norma jurídica, sin que ninguno de los dos preceptos se imponga sobre el otro.

1.3.1.6. Por último, aclara que existe un pensamiento racional colectivo influenciado por elementos comunes que componen la costumbre, por lo que se debe tener en cuenta que quien interpreta y juzga la norma, tiene un concepto de moral colectiva similar a quien la cita o argumenta como posible causal de despido, dejando de lado, por tanto, la aceptación subjetiva de la misma, para concurrir dentro de lo que se considera en una conciencia colectiva como moralmente sancionable o no.

---

<sup>2</sup> M.P. Jorge Arango Mejía

<sup>3</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Por lo expuesto, solicita declarar la exequibilidad del artículo 278 de la Ley 1437 de 2011.

### *1.3.2. Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI)*

La Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), a través de su representante legal, presentó intervención en relación con la demanda de la referencia en la que solicita que la Corte declare **EXEQUIBLE** el aparte impugnado del numeral quinto, literal a, del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

1.3.2.1. Inicia el interviniente haciendo referencia a las relaciones que se han establecido entre el derecho y la moral, para señalar que la independencia de este frente a aquella no implica que no exista una relación entre ambos sistemas de normas. Esta conexión se presenta de forma recíproca, de tal suerte que el derecho se sirve de la moral como fundamento para establecer preceptos normativos, al tiempo que la legislación positiva moldea las costumbres sociales. Por ende, en su sentir no resulta extraño que una norma laboral tenga contenidos que hacen referencia a la moral.

1.3.2.2. Seguidamente, la Asociación subraya que la moral social e incluso la cristiana constituyen un referente válido dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para soportar tal postura, cita algunos salvamentos de voto a las sentencias C-570<sup>4</sup> y C-431 de 2004<sup>5</sup>. Igualmente trae a colación el fallo C-224 de 1994<sup>6</sup>, providencia en la cual se estima que el concepto de moral cristiana contenido en la Ley 153 de 1887 es un referente válido por reconocer un hecho social como es la prevalencia del cristianismo como religión profesada por la mayoría de la sociedad colombiana.

1.3.2.3. Asevera también que la moral social sirve como soporte a sanciones disciplinarias como las consagradas por los artículos 27 de la Ley 617 de 2000 y 115 del Decreto 2699 de 1991, que fueron declarados compatibles con la Carta por la Corte Constitucional en sentencias C-952 de 2001<sup>7</sup> y C-427 de 1994<sup>8</sup>, respectivamente.

<sup>4</sup> M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

<sup>5</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>6</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>7</sup> M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>8</sup> M.P. Fabio Morón Díaz

1.3.2.4. Todo lo dicho anteriormente permite concluir al interviniente que la moral no es tan indeterminada como expresa el actor, pues se erige en un parámetro válido empleado con frecuencia por el ordenamiento jurídico y aceptado en la jurisprudencia constitucional.

1.3.2.5. Así mismo, según el punto de vista expuesto por el interviniente, de la lógica del contrato de trabajo emana el deber de que prime un clima de armonía y respeto mutuo entre las partes, lo cual impide que ciertos derechos fundamentales como la autonomía personal o el libre desarrollo de la personalidad se expresen de forma plena o ilimitada. Como evidencia de ello, refiere las limitaciones al vestuario o comportamiento de los empleados *por fines comerciales, de imagen o morales*, que considera admisibles en el ámbito laboral. Tales restricciones además se ven justificadas en la subordinación que ejerce el empleador en el marco de la relación de trabajo.

1.3.2.6. Finalmente, la ANDI plantea en su intervención que la norma acusada restringe el acto inmoral o delictuoso que sirve como justa causa de terminación del vínculo contractual, a que este suceda en el establecimiento o lugar de trabajo o dentro de las labores del empleado. Aprecia el interviniente que esta regulación del deber de actuar moralmente es proporcional, toda vez que hace referencia al ámbito laboral únicamente, resultando excluidos los actos inmorales que cometa el trabajador por fuera del medio laboral.

### 1.3.3. *Universidad Externado*

La Universidad Externado solicita que se declare la exequibilidad de la expresión acusada “inmoral”, o que en su defecto, se declare la exequibilidad condicionada en el sentido que la expresión “inmoral” se entienda como la moral social.

1.3.3.1. En primera medida, sostuvo que entender que la expresión *inmoral* o es contraria a los postulados constitucionales señalados por el actor al considerar que deja un amplio margen de valoración jurídica al empleador en la adecuación típica, es realizar una lectura aislada y ceñida al tenor literal de la expresión acusada sin acudir a una interpretación sistemática de la misma. Agregó que la sentencia C- 043 de 2004<sup>9</sup>, señaló que el ordenamiento jurídico

<sup>9</sup>M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra



permite conceptos como el que ahora se demanda, siempre y cuando sea posible determinar su contenido, con apoyo en criterios lógicos.

1.3.3.2. Seguidamente, hace referencia al principio de tipicidad del derecho disciplinario en materia laboral, con el fin de afirmar la aceptación de los llamados tipos abiertos o en blanco que se fundamentan en la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos. De lo anterior, puede colegirse que el empleador al invocar cualquier causal de terminación, debe realizar una aplicación e interpretación integral de aquellas disposiciones o criterios que la complementan. Por tales motivos, a la hora de verificar el cumplimiento del principio de tipicidad en materia laboral, no cabe exigir que la norma contenga una descripción detallada, completa y precisa de la conducta reprochable.

1.3.3.3. A continuación, resalta que el demandante pretende adscribir a la expresión “inmoral” un contenido propio que corresponde con su concepción personal de moral. Por tanto, la demanda plantea una interpretación particular del concepto de moral que en manera alguna puede derivarse de la norma. De admitirse dicha interpretación, sostiene, se estaría promoviendo la vulneración de los derechos de los trabajadores; por lo cual, la expresión “*inmoral*” debe interpretarse en clave constitucional para evitar el desconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores.

1.3.3.4. Por otro lado, menciona, el hecho de que la norma no contenga de forma expresa qué actos son inmorales, no implica *per se* desconocer los artículos constitucionales invocados, ya que la norma se refiere al concepto jurídico de moral social, entendida como el “*mantenimiento de una conducta, ya no solamente individual, inmanente, sino colectiva, que se ajuste a ciertos principios éticos y a lo que esa sociedad considera deben ser reglas de conducta que conduzcan a una convivencia armónica y al mutuo respeto*”; y, por tanto, contiene una dimensión ética del ser humano que es esencial a la hora de garantizar una convivencia social. En este sentido, agrega que el concepto jurídico de moral social al que hace referencia la disposición objeto de reproche, se encuentra positivizado en diferentes normas como el artículo 13 de la ley 153 de 1887, artículo 16, 472, 627, 1524 y 1537 del Código Civil, entre otros, por lo que es constitucionalmente admisible que se utilice como referente por el legislador y el empleador al momento de calificar un comportamiento como inmoral.

1.3.3.5. Pese a lo anterior, y como último argumento, la Universidad aclara que el empleador no puede solo atender a la moral social, sino que es menester que acuda a otros elementos para atribuir sentido y contenido a la expresión “inmoral”, como la remisión normativa a las conductas descritas como inmorales en el reglamento interno de trabajo de la empresa, siempre que allí se defina de manera expresa cada una de ellas, teniendo como límite el respeto por los derechos fundamentales de los trabajadores, el ordenamiento jurídico, las buenas costumbres, la moral social, entre otros; y la descripción detallada, precisa y suficiente, de la conducta censurable que debió ser sometida al proceso correspondiente, en aras de garantizar el cumplimiento del debido proceso.

#### *1.3.4. Universidad Libre*

La Universidad Libre, a través del Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional y una docente del Área de Derecho Laboral, rindió concepto por medio del cual solicita que se declare la inexecutable del numeral 5 del artículo 62 del CST.

1.3.4.1. Con el fin de sustentar su petición, menciona autores como H.L.A. Hart, representante del positivismo jurídico, y Habermas, con base en dichas líneas de pensamiento pretenden reconstruir los presupuestos de racionalidad inherentes al derecho moderno, donde se evidencia la necesidad de realizar una valoración de la validez de una norma o precepto sin dejar de lado la relación entre derecho y moral.

1.3.4.2. También, recuerdan que en determinadas ocasiones la Corte ha establecido que los conceptos indeterminados de alto contenido moral en normas de carácter sancionatorio son inconstitucionales; ello, por cuanto tales disposiciones en un contexto pluriétnico y multicultural adquieren un especial grado de indeterminación, para lo cual hacen referencia a la sentencia C- 431 de 2004<sup>10</sup>.

1.3.4.3. Posteriormente, hace alusión a la sentencia C- 098 de 2003<sup>11</sup>, en la cual se analizó la constitucionalidad de distintas normas del Decreto 196 de 1971- Estatuto del ejercicio de la abogacía-, para referir que *frente al ejercicio*

<sup>10</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

<sup>11</sup> M.P. Jaime Araújo Rentería

*de una profesión las normas disciplinarias deben establecerse con referencia a las funciones y deberes propios del respectivo hacer profesional, no en atención a la conducta personal que se agota en los linderos de lo privado, o que aun campeando en la arena de lo público no trasciende ni afecta el buen desempeño de la función.* Resaltan que, en esa oportunidad, la Corte determinó que el legislador invadió injustificadamente el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

1.3.4.4. Acto seguido, la Universidad recuerda el fallo de la sentencia C- 431 de 2004<sup>12</sup>, en donde se estudió una regla similar a la que se acusa en la demanda, la cual determinó declarar la inexecutable de la norma sancionatoria con base en el grado de indeterminación que esta tenía, en los siguientes términos: *...si bien el legislador puede elevar a la categoría de falta disciplinaria aquellos actos que repudian la moral social entendida como 'la que prevalece en cada pueblo en su propia circunstancia', [...] al hacerlo debe establecer clara y precisamente cuales son aquellos actos "inmorales" que eleva a la categoría de falta disciplinaria. De otra manera, desacata el principio de legalidad que le impone precisar las conductas sancionables como faltas disciplinarias [...].*

1.3.4.5. En este sentido, manifestaron, debe realizarse la misma valoración descrita en precedencia, ya que la expresión que ahora se demanda tiene el mismo grado de indeterminación del precepto acusado, por tanto, desconoce el principio de legalidad, pues no establece con certeza las conductas sancionables que pueden constituir una causal de justo despido. Ello puede dar lugar a que se causen violaciones de otros derechos como la intimidad, la autonomía personal y la dignidad humana, ante la arbitrariedad del empleador.

### *1.3.5. Universidad de Ibagué*

La Decana de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas solicitó que se declare la exequibilidad de la norma, en el entendido que la expresión acusada debe aplicarse conforme a los parámetros de la moral social o pública, y no de la moral individual, respetando el derecho de defensa del trabajador. Con el fin de sustentar tal solicitud, realiza una referencia a cada uno de los artículos constitucionales invocados en la demanda.

---

<sup>12</sup>M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

1.3.5.1. Para iniciar, considera que la expresión “inmoral” no es contraria al pluralismo que refiere el artículo 1 de la Carta Política, puesto que la norma demandada hace alusión a una moral social o pública, que en lugar de ser contraria a la Constitución, es necesaria para impartir principios y valores; y no a la moral particular que pretende referir el demandante; lo que trae como consecuencia que la expresión acusada se encuentre dentro de los límites de la moral social aceptada por el ordenamiento jurídico y la Corte Constitucional.

1.3.5.2. Respecto del artículo 2 de la Constitución, considera que no le asiste razón al demandante cuando afirma que el precepto demandado desconoce la libertad religiosa y que contrario a lo expuesto por él, el concepto de moral es aplicable al Estado Social de Derecho, de acuerdo con la Sentencia C- 404 de 1998<sup>13</sup>.

1.3.5.3. Posteriormente, hace alusión a la violación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la libertad de cultos (artículos 16, 18 y 19 respectivamente), considerando que la norma acusada sólo podría vulnerar estas libertades si se diera una indebida aplicación por parte del empleador de la causal de despido, por lo que *no se puede confundir la inexecutable de una norma con la cantidad de derechos fundamentales que se podrían vulnerar con una indebida aplicación, pues para esto existen mecanismos de protección que el juez constitucional ampara al momento de su vulneración*. Por otro lado, sostiene la tesis de que las libertades individuales no son absolutas y que en ciertos casos deben ceder ante la moralidad pública (sentencia C- 404 de 1998<sup>14</sup> y C-299 de 1998<sup>15</sup>). Adicional a lo anterior, agrega que el empleador debe respetar las creencias y sentimientos de sus empleados y no imponer obligaciones de carácter religioso o político, ni ejecutar actos que restrinjan sus derechos; y que así como el ordenamiento le permite cierta discrecionalidad para que razonablemente termine la relación de trabajo cuando considera un acto inmoral, también lo dota de obligaciones, prohibiciones y principios que deben guiar sus relaciones y actuaciones frente a la norma.

1.3.5.4. Ahora, frente a la vulneración del artículo 25 de la Carta Política, sostiene que la unión entre el empleador y el trabajador se enmarca en una relación

---

<sup>13</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>14</sup> *Ibidem*

<sup>15</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz

guiada por principios y valores en el marco del Estado social de Derecho. Por esta razón, el empleador se encuentra facultado para determinar los actos inmorales que cometa su empleado, en el marco constitucional y jurídico que rigen las relaciones laborales. Esto es así por cuanto la estabilidad laboral del trabajador no es absoluta, y el despido por justa causa, se vincula como una forma de sanción hacia este en razón de su conducta reprochable que ha hecho imposible una relación laboral basada en el respeto mutuo y la lealtad. Pese a esto, aclara que el despido realizado por el empleador debe respetar, en todo caso, el debido proceso y el derecho a la defensa que tiene el trabajador, bajo el cumplimiento de unos requisitos procedimentales que hagan justa aquella actuación.

1.3.5.5. Por último, en cuanto al artículo 53 de la Constitución, señala, en primera medida, que la estabilidad laboral encuentra sus límites cuando contradice determinadas directrices establecidas por el legislador en la norma, y en segundo término, que la norma acusada no encubre al empleador para que mediante la expresión “inmoral” pueda abusar del empleado ni mucho menos soslayar su derecho a la estabilidad laboral, por cuanto *los hechos que dan lugar a la configuración de la causal referida deben ser analizados por el empleador en forma razonable, objetiva e imparcial y estar plenamente demostrados para evitar decisiones injustificadas que puedan perjudicar al trabajador* (sentencia C - 229 de 1998<sup>16</sup>).

1.3.5.6. En este sentido, afirma, la norma en ningún caso establece una libertad absoluta para que el empleador base su decisión en su moral personal y particular y, en todo caso, existe un procedimiento previo al despido en el párrafo del artículo 62 del CST, en el cual se enmarca la norma acusada.

#### *1.3.6. Fundación Universidad del Norte*

La Fundación Universidad del Norte, a través una docente del Departamento de Derecho, solicitó declarar la exequibilidad de la expresión “inmoral o” contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo bajo el entendido de que para la aplicación de esta causal, el empleador deberá establecer de manera clara los comportamientos considerados como inmorales o, en su defecto, establecer los criterios objetivos que permitan de manera razonable y proporcionada determinarlo, manifestando que:

---

<sup>16</sup> *Ibidem*

1.3.6.1. La Corte Constitucional ha analizado la incorporación legal de criterios morales, tanto en sede de constitucionalidad como de tutela y ha señalado que su uso como referente al que puede acudir el legislador en determinadas situaciones para restringir ciertos derechos y libertades, o como criterio que el juez puede tener en cuenta al examinar las normas que mencionan la “moral”, “buenas costumbres” u otra categoría de expresiones que hacen alusión a principios éticos.

1.3.6.2. No obstante, aduce, este Tribunal ha señalado reiteradamente que la inconstitucionalidad del uso de conceptos jurídicos indeterminados del tipo “acto inmoral” o “buenas costumbres” en materia disciplinaria cuando no son acompañados de una descripción detallada, clara y precisa de la conducta prohibida o de criterios o métodos objetivos de interpretación que permitan determinar cuáles comportamientos constituyen faltas disciplinarias.

1.3.6.3. Así mismo, la Corte ha reiterado su línea jurisprudencial sobre la aplicación restringida de conceptos jurídicos indeterminados, al tiempo que ha precisado el concepto de “moral social” como aquella que se refiere a un conjunto puntual de valores que una sociedad defiende para promover la convivencia pacífica entre distintas morales individuales.

1.3.6.4. De esta manera se evita que cada individuo, en una interpretación distorsionada de lo que significa el libre desarrollo de la personalidad, ejerza su absoluta voluntad desconociendo intereses comunes y derechos de terceros.

1.3.6.5. Aclara que aunque en el marco de un proceso de terminación del contrato de trabajo no se puede hablar en sentido estricto de la aplicación del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, pues, con ello se desbordaría el alcance de la norma, ya que aunque de su contenido se deriva que su aplicación se circunscribe a actuaciones administrativas y judiciales, también lo es, que la Corte Constitucional acogió la línea jurisprudencial desarrollada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que consagra unas garantías a favor del trabajador las cuales debe asegurar el empleador cuando aplica las causales de terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa.

1.3.6.6. Por tanto, no puede afirmarse que la sola referencia a criterios morales constituye *per se* vulneración de mandatos constitucionales como el pluralis-

mo, la igualdad, la libertad de cultos o el libre desarrollo de la personalidad, ni que implique la posibilidad de que el empleador acuda a criterios sospechosos o arbitrarios de un concepto indeterminado como el de moral.

### 1.3.7. Intervención ciudadana

La ciudadana Karina Margarita de la Rosa Torralvo, solicitó a la Corte que declare la exequibilidad de la expresión acusada, bajo el entendido de que para la aplicación de esta causal, el empleador debe establecer previamente de manera clara, expresa e inequívoca los comportamientos considerados como inmorales o, en su defecto, establecer los criterios objetivos que permitan de manera razonable y proporcionada determinarlos con el fin de proteger el derecho fundamental al debido proceso del trabajador.

1.3.7.1. Al respecto, precisa que la incorporación legal de criterios morales ya ha sido objeto de estudio por parte de esta Corporación convalidando su uso como referente al cual puede acudir el legislador en determinadas situaciones para restringir ciertos derechos y libertades; empero, también ha señalado la inconstitucionalidad del uso de conceptos jurídicos indeterminados del tipo *acto inmoral* o *buenas costumbres* en materia disciplinaria cuando no son acompañados de una descripción detallada, clara y precisa de la conducta prohibida o de criterios de interpretación que permitan determinarla. Siendo así, la Corte ha reiterado la aplicación restringida de conceptos indeterminados, al tiempo que ha precisado el concepto de moral social como criterio al cual puede acudir el juez constitucional para determinar la conformidad con la Carta de las normas que persiguen la defensa de un principio de moralidad.

1.3.7.2. Por otro lado, sostiene que tratándose de relaciones laborales, específicamente frente a las diversas formas de terminar el contrato de trabajo, la Corte Constitucional acogió una línea jurisprudencial sostenida por la Corte Suprema de Justicia, donde se establece una serie de garantías a favor del trabajador, a las que se debe sujetar el empleador al momento de hacer uso de las causales de terminación del contrato. De lo anterior, puede sustraerse la imposibilidad de apelar tan solo a criterios morales para dar por terminado un contrato laboral. Por ello, con el fin de proteger el derecho fundamental al debido proceso y garantizar la legalidad de la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, este deba establecer previamente de manera clara, expresa

e inequívoca los comportamientos considerados como inmorales o establecer criterios objetivos que posibiliten su determinación.

#### ***1.4. Concepto del Procurador General de la Nación***

El Procurador General de la Nación, Alejandro Ordóñez Maldonado, solicitó a la Corte Constitucional declararse **INHIBIDA** de pronunciarse de fondo respecto de los cargos contra la expresión *inmoral o* del numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo por la supuesta violación de los artículos 1, 2, 16, 18 y 19 de la Constitución Política.

Sin embargo, pide a la Corte que declare **EXEQUIBLE** la expresión demandada frente a la supuesta violación de los artículos 25 y 53 Superiores, con fundamento en las siguientes razones:

*1.4.1.* Para iniciar, el Ministerio Público resumió los argumentos expuestos en la demanda y los dividió en dos grupos: el primero sobre violación de los artículos 1, 2, 16, 18 y 19 constitucionales y el segundo acerca del desconocimiento de los artículos 25 y 35 de la Constitución Política.

*1.4.2.* Frente al primer grupo de cargos, la Vista Fiscal asegura que el demandante parte de la premisa de que el numeral quinto del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo impone una única moral y a partir de ello, el ciudadano concluye que este precepto normativo desconoce el carácter pluralista del Estado colombiano, protege únicamente las creencias y libertades mayoritarias y restringe el libre desarrollo de la personalidad, imponiendo concepciones morales específicas que incluso podrían implicar restricción a la libertad religiosa.

*1.4.3.* Por otra parte, frente a los cargos por violación a los artículos 25 y 53 de la Carta Política, encuentra el señor Procurador que el actor exhibe una línea argumentativa distinta a la utilizada frente al primer grupo de normas constitucionales. Así, el demandante expresa que al incluir como justa causa de terminación del contrato de trabajo por parte del empleador una expresión indeterminada y ambigua, se deja un espacio a abusos y arbitrariedades y se vulneran derechos fundamentales pues se iría en contra de la estabilidad laboral.

*1.4.4.* Posteriormente, el Ministerio Público aborda como cuestión preliminar las razones por las cuales, a criterio suyo, la Corte debe declararse inhibida de emitir un pronunciamiento de fondo frente al primer grupo de cargos ya señalado.



*1.4.5.* En efecto, dado que el accionante parte de suponer que la expresión demandada del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo representa una imposición de un único patrón moral de conducta, toda la argumentación que expone tomando como fundamento tal premisa resulta contraria al requisito de certeza que ha exigido la jurisprudencia constitucional en la formulación de acciones públicas de inconstitucionalidad.

*1.4.6.* Por lo tanto, para el Procurador resulta evidente que la acción parte de una interpretación totalmente subjetiva y equivocada del ciudadano que no se deriva directamente de la disposición normativa, puesto que la norma acusada no impone un sistema o concepción moral único o particular.

*1.4.7.* A partir de lo anteriormente dicho, la Procuraduría estima oportuno exponer varios razonamientos con respecto a la relación entre el Derecho y la moral, haciendo igualmente referencia a esta última como criterio de valoración que puede ser aplicado en la ejecución de relaciones jurídicas concretas.

*1.4.8.* Así, destaca el señor Procurador que se ha producido un cambio en la concepción de Estado dado que el Estado de Derecho Legal ha quedado relegado por el Estado de Derecho Constitucional. Por lo tanto, lejos de separarse tajantemente la moral del Derecho, se tienden puentes de comunicación necesaria entre uno y otro, de tal forma que el modelo constitucional, a su juicio, comporta un orden jurídico “moralizado”. Como ejemplo de ello, se citan conceptos como la buena fe, parámetros de buen padre de familia y buen hombre de negocios, solidaridad, igualdad, inviolabilidad de la vida, etc.

*1.4.9.* Igualmente, relaciona una serie de argumentos con respecto a la posibilidad del legislador de optar por una visión de la moral en particular, siempre y cuando sea admisible dentro de los postulados constitucionales. No se trata entonces de que la ley imponga una concepción moral en particular, sino tan solo de que ésta reconozca aquella que es conforme a los principios constitucionales.

*1.4.10.* Afirma que el problema jurídico a resolver en el presente proceso consiste en establecer si la determinación del legislador de incluir la realización de actos inmorales como justa causa de terminación del contrato de trabajo por

parte del empleador vulnera el artículo 25 y 53 de la Constitución Política, así como el derecho fundamental al debido proceso.

1.4.11. A este respecto, aunque la Vista Fiscal manifiesta que la argumentación expuesta en la demanda es precaria y no reúne los requisitos de especificidad y pertinencia exigidos por la jurisprudencia constitucional, considera que en aplicación del principio *pro actione*, esta Corporación puede dilucidar algunas de las motivaciones expuestas por el demandante con el fin de emprender el estudio de fondo sobre los cargos. En este sentido, interpreta que el demandante quiere reprochar el desconocimiento del principio de legalidad y tipicidad, presentes ambos en el debido proceso sancionatorio.

1.4.12. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional ha reconocido el deber de respetar el debido proceso en las relaciones laborales, guardando las proporciones y características de dicha clase de vínculo entre empleador y trabajador. Por este motivo, aunque no resultan aplicables todas las garantías previstas en el artículo 29 Superior, si son procedentes algunas de ellas como es el caso de la obligación del empleador de indicar los motivos de terminación del contrato de trabajo.

1.4.13. Advierte el Ministerio Público que la terminación con justa causa del contrato de trabajo no comporta el ejercicio de un poder disciplinario sino que es una facultad propia de esta relación contractual. Suponer lo contrario, sería entender que la ley sanciona al trabajador que se jubila, al que padece una enfermedad contagiosa o crónica no profesional y otros actos que en ninguna medida son reprochables.

1.4.14. Sumado a lo anterior, recalca que en el marco del contrato laboral una de las obligaciones propias del trabajador es *guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros* que implica a su vez el correlativo deber del empleador de *cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes*, estando incorporadas las anteriores obligaciones en el Código Sustantivo del Trabajo.

1.4.15. En su concepto, la indeterminación y posible generación de arbitrariedad de la que se acusa a la expresión demandada se debe, en parte, a una inadecuada interpretación del accionante pues no toma en cuenta el enunciado

normativo de forma completa. Ello se explica en que el aparte acusado restringe la potestad del empleador para dar por terminada la relación laboral cuando el trabajador realiza actos inmorales, con la condición de que estos sean realizados *en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o desempeño de sus labores*, razón por la cual la actuación inmoral por fuera de escenarios estrictamente laborales no genera una justa causa de terminación.

1.4.16. A partir de lo anterior, el señor Procurador entiende que la expresión atacada no es tan indeterminada como se afirma, toda vez que su aplicación se supedita a que el acto inmoral se realice en el lugar de trabajo o en el desempeño de sus funciones.

1.4.17. También, resulta disminuida tal indeterminación y ambigüedad dado que la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa debe respetar un mínimo de garantías de debido proceso, como el hecho de que la decisión de despido esté justificada, no pudiendo el empleador terminar la relación laboral de manera arbitraria y caprichosa.

1.4.18. Concluye entonces que *lo que puede llegar a vulnerar derechos fundamentales, y en esa medida ser contrario a la Constitución no es la norma acusada en sí misma sino la aplicación que de ella puedan hacer los empleadores*. Por esta razón, la Vista Fiscal propone algunos parámetros para que la aplicación de esta norma no vulnere derechos fundamentales.

1.4.19. En lo que concierne a este último aspecto, manifiesta que el empleador debe ofrecer una justificación suficiente y razonable (en lugar de caprichosa) para dar por terminada la relación laboral por la causal cuya constitucionalidad se cuestiona la expresión en el presente proceso.

1.4.20. Adicionalmente, estima que el empleador debe seguir los procedimientos previstos en el reglamento interno de trabajo que permitan verificar si efectivamente se está ante el incumplimiento de obligaciones del empleado y que faculten al trabajador para saber previamente las características esenciales del comportamiento que puede conllevar el despido unilateral. Por ende, el reglamento interno de trabajo debe contener un mínimo de elementos que permitan al empleado direccionar su comportamiento evitando aquellos actos inmorales a la luz de lo previsto en dicha normativa.

## 2. Consideraciones

### 2.1. Competencia

Conforme al artículo 241, ordinal 4, de la Constitución, la Corte es competente para conocer de la constitucionalidad del artículo 62, numeral 5 (parcial) del Código Sustantivo del Trabajo.

### 2.2. Cuestión previa: examen de la aptitud de la demanda.

El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte que se inhíba de emitir un pronunciamiento de fondo, respecto de los cargos formulados en contra de la expresión *inmoral o* contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo por el presunto desconocimiento de los artículos 1, 2, 16, 18 y 19 de la Constitución en razón a que, en su concepto, el demandante parte de la premisa de que el aparte normativo demandado impone una única moral, a partir de lo cual concluye que desconoce el carácter pluralista del Estado Colombiano, restringe el libre desarrollo de la personalidad como también la libertad religiosa. Expone que los presuntos cargos de inconstitucionalidad formulados por el actor no cumplen con el requisito jurisprudencial de certeza, ya que de la lectura de la norma no se desprende que se esté imponiendo un sistema de concepción moral único o particular.

Ahora bien, señala que aunque los cargos formulados con base en el desconocimiento de los artículos 25 y 53 Superiores tienen sustento en una argumentación precaria y no reúnen los requisitos de especificidad y pertinencia exigidos por la jurisprudencia constitucional, considera que esta Corporación debe aplicar el principio *pro actione*.

#### 2.2.1. Requisitos que deben reunir las demandas de inconstitucionalidad

2.2.1.1. El artículo 2º del decreto 2067 de 1991 señala los elementos que debe contener la demanda en los procesos de control de constitucionalidad<sup>17</sup>. Concretamente, el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad contra una disposición legal debe indicar con precisión el *objeto* demandado, el *concepto de violación* y la razón por la cual la Corte es *competente* para

<sup>17</sup> “Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.”

conocer del asunto. Estos tres elementos, desarrollados en el texto del artículo 2 del decreto 2067 de 1991 y por la Corte en sus decisiones, hacen posible un pronunciamiento de fondo.

2.2.1.2. En la sentencia **C-1052 de 2001**<sup>18</sup>, la Corte precisó las características que debe reunir el concepto de violación formulado por el demandante. De acuerdo con este fallo, las razones presentadas por el actor deben ser *claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes*.

La *claridad* se refiere a la existencia de un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las que se basa.

El requisito de *certeza* exige al actor formular cargos contra una proposición jurídica real y existente, y no simplemente contra una deducida por él sin conexión con el texto de la disposición acusada.

La *especificidad* demanda la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto. Argumentos vagos, indeterminados, indirectos, abstractos o globales que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan, impiden a la Corte llevar a cabo un juicio de constitucionalidad.

La *pertinencia* se relaciona con la existencia de reproches de naturaleza constitucional, es decir, fundados en la confrontación del contenido de una norma superior con el del precepto demandado. Un juicio de constitucionalidad no puede basarse en argumentos de orden puramente legal o doctrinario, ni en puntos de vista subjetivos del actor o consideraciones sobre la conveniencia de las disposiciones demandadas.

Finalmente, la *suficiencia* guarda relación, de un lado, con la exposición de todos los elementos de juicio -argumentativos y probatorios- necesarios para iniciar un estudio de constitucionalidad; y de otro, con el alcance persuasivo de la demanda, esto es, el empleo de argumentos que despierten *una duda mínima* sobre la constitucionalidad de la norma impugnada.

## 2.2.2. Examen de la aptitud de los cargos formulados

2.2.2.1. El demandante considera que la expresión “*inmoral o*” contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, desconoce los artículos 1, 2, 16, 18, 19, 25 y 53 de la Constitución, con base en los siguientes argumentos:

<sup>18</sup>M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

2.2.2.1.1. A su parecer, el concepto *moral social* es discriminatorio porque sólo tiene en cuenta la moral de las mayorías, lo cual desconoce el principio de pluralismo consagrado en la Carta (artículo 1). Además, la expresión objeto de reproche, dice, desconoce que las autoridades del Estado tienen el deber de respetar y proteger las creencias y libertades de todos los ciudadanos sin privilegiar ningún código moral en particular (artículo 2), como también permite que el Estado y el empleador invadan el fuero interno de los trabajadores al avalar que cuestionen un determinado acto como “*inmoral*” para dar por terminado el contrato de trabajo, vulnerando su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 16).

Sumado a todo lo anterior, aduce que la Constitución establece que nadie puede ser molestado por sus convicciones o creencias personales. Sin embargo, sostiene, la expresión demandada desconoce esta garantía al imponer un concepto de moral específico y sancionar proyectos de vida minoritarios, como los que se relacionan con el ejercicio de la libertad religiosa, pues el empleador puede incurrir en arbitrariedades que afecten esta libertad (artículo 18 y 19)

2.2.2.1.2. Con respecto a la vulneración de los artículos 25 y 53 Superiores, evidencia que la expresión demandada es tan indeterminada que deja a la libre interpretación y valoración del empleador esta causal para dar por terminado el contrato laboral con justa causa. En consecuencia, afirma, el empleador puede aplicar dicha consecuencia como producto de una valoración personal de lo que considera *inmoral*, hipótesis en la que se expone a los trabajadores a un despido arbitrario, ya que tanto el trabajador como el empleador pueden guiar sus actuaciones bajo códigos morales distintos. Es decir, como el aparte normativo resulta tan indeterminado vulnera el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral.

2.2.2.2. Al respecto, la Sala considera que los cargos formulados por el actor acerca de la vulneración de los artículos 1, 2, 16, 18 y 19 no cumplen con los requisitos legales ni jurisprudenciales exigidos por esta Corporación para propiciar un juicio de constitucionalidad. En primer lugar, no desarrolla un concepto de la violación, esto es, el actor no logra hacer una confrontación objetiva entre el texto legal acusado y los postulados constitucionales que según él resultan quebrantados. Esto es, de la lectura de la norma acusada no se deriva el alcance que pretende adscribirle el demandante al afirmar que esta consagra un tipo de moral social: el de las mayorías. Ello, resta certeza a su plantea-

miento porque lo que hace el actor es derivar consecuencias de la expresión acusada que ella no contiene, al paso que se dedica a hacer conjeturas sobre las posibles discriminaciones a que podrían ser sometidos los trabajadores por su orientación sexual y/o creencias religiosas.

Al fallar lo anterior, el ciudadano también incumple con el requisito de especificidad pues la argumentación que presenta no guarda relación directa con la norma objeto de reproche. Al respecto, el ciudadano se dedica a realizar un análisis abstracto y general de la expresión “inmoral o” como causal de terminación del contrato de trabajo por justa causa, aduciendo que el Estado tiene el deber de respetar y proteger las creencias y libertades de todos los ciudadanos, como también promover el respeto y la tolerancia de los diferentes códigos morales, pero no establece una relación directa con el contenido normativo demandado.

Lo anterior, conlleva además el desconocimiento del requisito de pertinencia, pues el actor plantea puntos de vista subjetivos sobre la conveniencia y aplicación concreta de la norma por el empleador, pero no hace una confrontación objetiva entre la expresión demandada y las normas superiores, esto es, se basa en supuestos que podrían o no acontecer. Por todo lo anterior, la demanda no tiene carácter persuasivo frente al presunto desconocimiento de los artículos 1, 2, 16, 18 y 19 Superiores.

2.2.2.3. De otro lado, frente a la argumentación expuesta por el actor para estructurar los cargos por desconocimiento de los artículos 25 y 53 de la Carta, este Tribunal considera que, como lo sostiene la Vista Fiscal, aunque no cumple con los requisitos de especificidad y pertinencia ni tampoco explica en detalle los fundamentos de los cargos, teniendo en cuenta que el actor sostiene que la expresión acusada es tan indeterminada que puede dar lugar a que el empleador la interprete y valore de manera libre -al punto que podría verse comprometido el principio de legalidad reconocido en la Constitución- para finalizar unilateralmente el contrato laboral por justa causa, esta Sala, en virtud del principio *pro actione* abordará el análisis de la constitucionalidad frente a estos cargos.

### **2.3. Problema jurídico**

2.3.1. El ciudadano considera que la expresión *inmoral o* contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, es indeterminada y, por tanto, deja a la libre interpretación y valoración del empleador la aplicación de esta causal como justa para terminar un contrato laboral, la cual puede

ser utilizada por el empleador aplicando su concepción particular para calificar un acto como “inmoral” sin que el trabajador conozca de manera previa qué tipo de comportamiento puede dar lugar a la aplicación de dicha norma.

En relación con lo anterior, asegura que si bien la Corte constitucional ha admitido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, también lo es, que ha restringido su empleo en contextos específicos como el de los procesos disciplinarios, de allí concluye que, en este caso particular, la expresión es de tal modo indeterminada que vulnera el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral.

2.3.2. El Ministerio de Trabajo, la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia (ANDI), la Universidad Externado, la Universidad de Ibagué, la Fundación Universidad del Norte y la ciudadana Karina Margarita de la Rosa Torralvo, solicitaron la declaratoria de exequibilidad del aparte acusado, manifestando que **(i)** la referencia al término moral debe entenderse como la moral social o colectiva y, el hecho de que la norma no contemple qué actos deben considerarse inmorales no significa que la norma sea inconstitucional; **(ii)** el término inmoral consagrado en la norma objeto de reproche no es un concepto indeterminado como lo expone el actor sino que es un parámetro válido utilizado con frecuencia por el legislador y aceptado por la jurisprudencia constitucional; **(iii)** durante el desarrollo de la relación laboral las partes tienen el deber de propender por la armonía y respeto mutuo, lo cual impide que ciertos derechos fundamentales se ejerzan de forma ilimitada, como la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Estas restricciones además, se encuentran justificadas en el marco del elemento de subordinación presente en los contratos laborales; **(iv)** la norma acusada restringe el acto inmoral a que este tenga lugar en el lugar de trabajo del empleado o en ejercicio de sus labores, lo cual es proporcional porque excluye los actos que realice el trabajador fuera del ámbito laboral; **(v)** interpretar que la expresión “inmoral o” es contraria a postulados constitucionales porque deja un amplio margen de valoración al empleador en la adecuación típica, es desconocer la interpretación sistemática otorgada por la Corte Constitucional a la misma, en el sentido de que ha aceptado tipos abiertos o en blanco ante la imposibilidad de que el legislador consagre una lista precisa de comportamientos. Es decir, el principio de tipicidad en materia laboral no implica una descripción clara, detallada y precisa de la conducta reprochada; **(vi)** existen otros elementos para fijar el alcance de la moral social, por ejemplo, acudiendo a la remisión de conductas inmorales



señaladas en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa y respetando el derecho de defensa; **(vii)** la estabilidad laboral del trabajador no es absoluta, y el despido por justa causa, se vincula como una forma de reproche de una conducta que imposibilite una relación laboral basada en el respeto mutuo y la lealtad; **(viii)** a pesar de lo anterior, consideran que el despido realizado por el empleador debe respetar el derecho a la defensa que tiene el trabajador; **(ix)** la norma no establece una libertad absoluta para que el empleador efectúe un despido por acto inmoral con base en su visión particular, pues, en todo caso, el Código Sustantivo del Trabajo consagra un procedimiento previo al despido que incluye la norma acusada.

2.3.3. De otro lado, la Universidad Libre, solicita la declaratoria de inexequibilidad del aparte acusado aduciendo que al igual que el análisis desarrollado por la Corte frente al término moral en procesos de carácter sancionatorio, debe considerarse que en este evento la expresión acusada es tan indeterminada que no puede mantenerse en el orden jurídico, pues, en caso contrario, puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales como la autonomía y la dignidad humana por terminación del contrato por justa causa cuando el trabajador incurre en un acto “inmoral”.

2.3.4. Por su parte, el Ministerio Público solicitó a esta Corporación la aplicación del principio pro actione frente a los cargos formulados por desconocimiento de los artículos 25 y 53 Superiores, para analizar si la expresión *inmoral o* consagrada en el numeral 5 del artículo 62 sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa, es tan amplia e indeterminada que desconoce el principio de legalidad y tipicidad.

2.3.5. En virtud de lo expuesto, corresponde a la Sala determinar, si la expresión “inmoral o” contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, es tan indeterminada que desconoce lo dispuesto en los artículos 25 y 53 Superiores, acerca de la protección del derecho al trabajo, la estabilidad laboral y la prohibición de que la ley y los contratos, acuerdos o convenios de trabajo vulneren la libertad, la dignidad y los derechos de los trabajadores.

2.3.6. Para resolver este problema, la Sala analizará **(i)** el alcance e interpretación de conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucio-

nal; **(ii)** el concepto de moralidad pública en instrumentos internacionales de derechos humanos. A la luz de lo anterior, se examinará **(iii)** la constitucionalidad de la expresión censurada.

## ***2.4. Alcance e interpretación de conceptos jurídicos indeterminados en la jurisprudencia constitucional***

### ***2.4.1. El concepto jurídico de moral social en la jurisprudencia constitucional***

Desde sus inicios, esta Corporación ha abordado el análisis de conceptos indeterminados consagrados en el ordenamiento jurídico, entre ellos el de moral, estableciendo como regla general su consonancia con los principios, valores y reglas constitucionales.

2.4.1.1. En este respecto, en el primer pronunciamiento de la Corte sobre la consagración de este tipo de conceptos indeterminados en la legislación, -sentencia **C- 224 de 1994**<sup>19</sup>-, se señaló que no puede negarse la relación que existe entre el derecho y la moral, cuyo punto de encuentro, en cuanto al objeto de análisis, es la regulación del comportamiento del ser humano<sup>20</sup>. Para ilustrar dicha relación, hizo alusión a varios conceptos indeterminados como *orden y las buenas costumbres, fin moral, mala conducta notoria, conducta inmoral, buenas costumbres o al orden público y hechos inmorales* contenidos en los artículos 16<sup>21</sup>, 472<sup>22</sup>, 586<sup>23</sup>, 627<sup>24</sup>, 1524<sup>25</sup> y 1537<sup>26</sup> del Código Civil – los que en la actualidad aún se encuentran vigentes-.

Además, destacó que el artículo 34 Superior establece en el inciso segundo que *...se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos*

<sup>19</sup> M.P. Jorge Arango Mejía

<sup>20</sup> Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía

<sup>21</sup> *...No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.*

<sup>22</sup> *CONTENIDO DEL INVENTARIO... Comprenderá, así mismo, los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas los créditos y deudas del pupilo de que hubiere comprobante o sólo noticia, los libros de comercio o de cuentas, y en general, todos los objetos presentes, exceptuados los que fueren conocidamente de ningún valor o utilidad, o que sea necesario destruir con algún fin moral.*

<sup>23</sup> *Son incapaces de ejercer tutela o curaduría...8o.) Los de mala conducta notoria.*

<sup>24</sup> *...CAUSALES DE REMOCIÓN... 5o.) Por conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo.*

<sup>25</sup> *CAUSA DE LAS OBLIGACIONES. No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*

*Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.*

<sup>26</sup> *CONDICION FALLIDA... Y las condiciones inductivas a hechos ilegales o inmorales.*

*mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social.* (Se resalta fuera de texto) En igual sentido, indicó que el artículo 209 de la Constitución consagra como un principio de la función administrativa la `moralidad`.

Lo anterior, con la finalidad de evidenciar (i) la imposibilidad de negar la relación entre un concepto indeterminado como la moral con el derecho, y que las normas *en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico*<sup>27</sup>.

2.4.1.2. En la sentencia **T-503 de 1994**<sup>28</sup>, se hizo referencia a la moral como bien jurídico protegido definiéndola como *aquellos principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa.*

2.4.1.3. De igual manera, en el fallo **C- 224 de 1994**<sup>29</sup>, la Corte explicó que cuando se apelaba al término moral no debía entenderse como la moral individual sino como la **moral social o general**:

*La aparente contradicción no existe si se acepta la distinción entre la **moral general** y la **moral positiva**, entendiendo la primera como aquella aceptada por todos los hombres en todas las épocas, y la segunda como la de cada pueblo en el momento particular de su devenir histórico. Dicho en otros términos: **la moral es una, pero sus manifestaciones cambian en razón de la diversidad de las sociedades en el espacio y en el tiempo.***

2.4.1.4. Acerca de lo que debe entenderse por moral social, es importante hacer referencia a la **sentencia C-427 de 1994**<sup>30</sup>, en la cual, al hacer un análisis sobre el alcance del concepto `moralidad` como principio rector de la función administrativa, expuso que *no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución.*

Además, en este mismo pronunciamiento la Corte enfatizó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia también se había ocupado del tema al analizar otros conceptos indeterminados como *mal comportamiento*

<sup>27</sup> Sentencia C-224 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía

<sup>28</sup> M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

<sup>29</sup> M.P. Jorge Arango Mejía

<sup>30</sup> M.P. Fabio Morón Díaz

social contenido en el artículo 94 del Decreto 250 de 1970, del que extrajo lo siguiente:

*No estimó indispensable el legislador extraordinario, por razonable cautela, detallar de manera exhaustiva y casuística todo comportamiento social que atente contra la dignidad de la justicia, sino que buscó resguardar con su espectro normativo la imagen social de la justicia, según los valores de nuestra comunidad. Claro que la regulación genérica de la conducta indebida del funcionario no comporta la facultad de su catalogación arbitraria o caprichosa, ni releva a la autoridad de la obligación de ceñir sus mandatos o decisiones a los precisos cometidos propuestos. Advierte la Corte que al respecto se deben dejar nítidos algunos parámetros esenciales de interpretación de aquella parte del precepto: en primer lugar, anótese que cualquier mal comportamiento supone un modo de actuar más o menos habitual y no excepcional, ni inusitado, ni esporádico, una conducta relativamente frecuente o reiterada; en segundo, que por malo o indebido debe suscitar necesario y ostensible reproche general y no simple rechazo subjetivo crítico, o intolerante actitud mojigata; en tercero, que por ser 'social', debe provocar una objetiva actitud de desaprobación aproximada a los patrones axiológicos que rigen el medio social; y en cuarto, que esa conducta pueda ocasionar un perjuicio a la dignidad de la justicia. A eso se contrae el alcance de la parte final del precepto y dentro de ese cauce la entiende la Corte como ajustada a la Constitución.*

En esta oportunidad, la Corte Constitucional declaró -además de la exequibilidad condicionada del artículo 113 del Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991- la constitucionalidad simple del aparte acusado del artículo 115 de este mismo decreto que se refería a b) *Ejecutar en el lugar de trabajo o en sitio público, cualquier acto contra la moral o las buenas costumbres*, aduciendo que los conceptos de probidad, imparcialidad, decoro y dignidad a los que hacía referencia la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada en precedencia, justificaban la existencia de causales disciplinarias como las que les correspondió analizar en este caso particular *pues sus referencias a la moral ajustadas estrictamente a los predicados expresos que sobre la misma realiza la Carta, son ingredientes que, en consecuencia, pueden conformar las características de los tipos disciplinarios aplicables a los funcionarios públicos*<sup>31</sup>

2.4.1.5. Con respecto a la posible vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad frente a la aplicación del criterio de moralidad pública, este

<sup>31</sup> Sentencia C-427 de 1994. M.P. Fabio Morón Díaz

Tribunal explicó que la alusión al concepto de moral social o general no puede anular la construcción individual de modelos de realización personal. Por esta razón, indicó, cualquier decisión con base en este criterio que afecte la esfera privada, la que sólo es de interés particular, se encuentra proscrita y debe ser retirada del ordenamiento jurídico<sup>32</sup>. No obstante, es importante referir que en consonancia con los postulados constitucionales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no puede ejercerse sin restricción alguna, pues encuentra sus límites en el respeto de los derechos de los demás, la no afectación del orden jurídico y del interés general<sup>33</sup>.

No obstante, en este mismo fallo - **C-404 de 1998**<sup>34</sup>- se destacó la importancia de que el juez constitucional, por ejemplo, acuda a las razones morales que justifican la existencia de una norma legal:

*La adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales - dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva - en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas - legales o constitucionales - es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.*

Específicamente, acerca de la importancia de la naturaleza de la `moralidad pública` manifestó que aunque “puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad

<sup>32</sup> Sentencia C-404 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>33</sup> Sentencia C-309 de 1997. A.V. Hernando Herrera Vergara

<sup>34</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz

y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional. En este sentido, la moralidad pública articula en el plano secular un modo de ser y de actuar que no puede soslayar la persona, portadora de derechos, que es, al mismo tiempo, sujeto individual y miembro de una comunidad...

El juez constitucional debe confrontar los criterios de moralidad pública contenidos en la ley, con el conjunto de normas y principios constitucionales. No obstante que la ley se apoye en un criterio de moral pública, si éste desconoce los principios superiores sobre los que se edifica la democracia constitucional, fundada en el respeto de los derechos fundamentales, la Corte no tiene alternativa diferente a declarar su inexequibilidad<sup>35</sup>.

Retomando, el juez constitucional debe confrontar la categoría de moral social o general frente a los postulados legales y constitucionales para determinar si dicho concepto, consagrado en un texto legal, desconoce principios y garantías superiores.

2.4.1.6. Ahora bien, acerca de la conformidad o no de algunos conceptos indeterminados contenidos en las causales que pueden dar origen a la terminación unilateral por justa causa del contrato laboral, por parte del empleador, esta Corporación ya se ha referido con anterioridad, en particular, a la establecida en el numeral 3 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, atinente a 3. *Todo acto de grave violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera de servicio, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.* Al respecto, esta Corporación mediante sentencia **C-299 de 1998**<sup>36</sup>, señaló:

*Cierto es que la ley laboral garantiza la estabilidad del trabajador y, por ende, la vigencia del contrato, pero cuando ocurren ciertos hechos que dificultan el desarrollo normal de las relaciones de trabajo, se puede terminar legítimamente el vínculo, pues el trabajador puede poner fin a la relación laboral si el patrono, sus familiares o sus representantes, ejercen algún “acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves” contra él o los miembros de su familia. Del mismo modo, -según la norma que se estudia- el empleador tiene la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, si él, su familia o sus representantes sufren una agresión grave, injuria o maltrato por parte del trabajador. La facultad de dar por terminado el contrato de trabajo no es entonces exclusiva del empleador;*

<sup>35</sup> Sentencia C-404 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>36</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz

*sino también un derecho del empleado, que no tiene la obligación de trabajar con personas que sean agresivas con él o con su familia, dentro o fuera de su ambiente laboral...*

*La subordinación a la que está sujeto el trabajador en el contrato de trabajo rige solamente para los efectos propios que se derivan de la relación laboral, es decir, para el cumplimiento de la actividad, servicio, o labor contratada y otra es la prohibición contenida en la norma citada, que pretende simplemente, evitar que el trabajador observe algunos comportamientos que lesionen moral o físicamente al patrono, su familia, sus representantes y algunos empleados, fuera del lugar de trabajo, pero que pueden afectar el cumplimiento armónico y pacífico del contrato de trabajo. Cuando ocurra una de las situaciones descritas en la norma, y una vez se haya oído al empleado, el empleador puede recurrir a la terminación del contrato a manera de sanción para el comportamiento reprochable del trabajador; así como en la conducta socialmente reprochable existe la sanción penal por parte del Estado, la ley ha querido otorgar al empleador la posibilidad de sancionar una conducta que va en contra del comportamiento deseado dentro de una relación laboral, sin que con esto se pretenda “esclavizar” al trabajador. Simplemente se propende a conservar una situación de respeto mutuo y lealtad con ocasión de la relación laboral, y cuando ella se hace imposible por una conducta del empleado, su empleador pueda terminar el vínculo...*

*Si bien las personas son libres para actuar y expresarse, la ejecución de una agresión, maltrato o injuria en contra de otra persona, evidentemente configuran un hecho ilícito, un abuso o desbordamiento de los derechos de quien es agresor y la vulneración de los ajenos y, por tanto, traspasan los límites impuestos por la Constitución. Por tanto, la limitación a la libertad que tiende a frenar su mal uso y pretende la defensa de los derechos de los afectados por estas conductas, encuentra su soporte en la Carta Política. No se puede considerar que al cometer un delito o una actuación reprochable en contra de la honra o la integridad física de una persona se está ejerciendo un derecho. Cuanto se presenta este tipo de situaciones en el marco de una relación laboral, la norma pretende sancionar con la terminación del contrato a quienes puedan agredir o lesionar a las personas allí indicadas y, esto se ajusta a la Carta Política, pues la Constitución no protege las conductas o comportamientos ilícitos...*

*Se debe determinar en cada caso particular y concreto si los ultrajes, insultos, ofensas, injurias, improperios o actos de violencia, en que incurre el trabajador son realmente graves y ameritan que el empleador tome la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo. Por tanto, los hechos que dan lugar a la configuración de la causal referida deben ser analizados por el empleador en forma razonable, objetiva e imparcial y estar plenamente demostrados para evitar deci-*

*siones injustificadas que puedan perjudicar al trabajador: El acto de violencia, la injuria o el mal tratamiento debe ser de tal entidad que haga imposible la prosecución del contrato de trabajo. Por tanto, el empleador está en la obligación de apreciar las circunstancias en que se presentaron los hechos o comportamientos anómalos del trabajador y las consecuencias que se derivan de esas conductas, para tomar la medida que más se ajuste a los intereses de la organización empresarial...*

Por las razones anteriores, decidió declarar la exequibilidad del numeral 3 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido de que el empleador, al aplicar esta causal, debe oír previamente al trabajador en ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, en aclaración de voto<sup>37</sup>, se formuló que era importante diferenciar la posibilidad que se le debe dar al trabajador de ser escuchado en ejercicio de su derecho de defensa al ser despedido y el establecimiento de un procedimiento previo al empleador para hacer uso de la facultad otorgada por el legislador para dar por terminado el vínculo laboral por justa causa, como sería el caso de estar en la obligación de escuchar al trabajador de manera previa antes de que proceda a aplicar la causal de terminación del contrato laboral por justa causa, pues dicho `procedimiento previo` no se encuentra contemplado en la ley y quizás tampoco en los reglamentos internos de las respectivas empresas. Por eso, recordó que la norma consagra el deber del empleador de expresar al trabajador el motivo de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

2.4.1.7. Otro caso en donde la Corte Constitucional abordó el análisis de la conformidad de conceptos indeterminados como el de moral, fue en la sentencia **C-814 de 2001**<sup>38</sup>. Allí, este Tribunal declaró exequible la palabra `moral` contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, por la cual se expide el Código del Menor, por encontrarla conforme con los postulados constitucionales:

*Visto lo anterior; la norma cuya constitucionalidad se examina resulta útil en cuanto garantiza que todos los derechos y deberes a que se acaba de aludir se ejerzan y cumplan dentro de la axiología que defiende la Constitución. En especial, asegura que la educación de los menores adoptados se lleve a cabo de conformidad con los criterios éticos que emanan de la noción de moral social o moral pública (objetivo*

<sup>37</sup> Mag. Hernando Herrera Vergara

<sup>38</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra



*que como se vio, es constitucional al tenor de lo dispuesto por el artículo 67 superior). Además, la norma es necesaria para garantizar dicha educación, que en el supuesto contrario se vería seriamente dificultada. Desde este punto de vista, asegura la prevalencia del derecho a la educación moral (entiéndase según la moral social) del menor, frente al derecho de quien pretende adoptar a desarrollar su proyecto de vida de conformidad con su propio juicio moral. Las norma cumple así con el mandato superior de prevalencia de los derechos de los niños.*

2.4.1.8. En igual sentido, la sentencia **C-371 de 2002**<sup>39</sup>, al analizar si el concepto `buena conducta` contenido en la norma demandada vulneraba la Constitución, manifestó que:

Por regla general, cuando el legislador emplea conceptos como el de `buena conducta` o `buen comportamiento`, hace referencia a lo que la doctrina ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, es decir *aquellos conceptos de valor o de experiencia utilizados por las leyes y por virtud de los cuales éstas refieren `... una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado.*`<sup>40 41</sup>.

La indeterminación del concepto jurídico no significa que no pueda ser precisado al momento de aplicarse en concreto ni tampoco que dicha concreción pueda responder al criterio individual de la autoridad competente para realizar dicha interpretación; pues, existen parámetros de valor o de experiencia que delimitan y guían la actuación del juez<sup>42</sup>.

En particular, cuando la autoridad judicial debe interpretar conceptos jurídicos indeterminados en un caso de limitación de derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en que dicho análisis debe realizarse tomando en consideración los postulados constitucionales y legales, lo cual, en ningún caso puede entenderse como la posibilidad de restringir de manera injustificada garantías superiores, por tanto, implica una carga ar-

<sup>39</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil

<sup>40</sup> "Eduardo García de Enterría, Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1986, Tomo I, p. 433"

<sup>41</sup> Sentencia C-371 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta oportunidad, la Corte Constitucional, además de declarar la inexecutable del numeral 2 del artículo 368 de la Ley 600 de 2000 Código de Procedimiento Penal, declaró *la exequibilidad del numeral 2º del artículo 65 de la Ley 599 de 2000, Código Penal, siempre que se entienda que, en este contexto, la obligación de observar buena conducta solo es relevante en función del efecto que las eventuales infracciones de los específicos deberes jurídicos que la misma comporta, pueda tener en la valoración acerca de la necesidad de la pena en cada caso concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado 3.2.2. de esta providencia.*

<sup>42</sup> *Ibidem*

gumentativa suficiente. Específicamente sobre el estudio del concepto `buena conducta` explicó que *no obstante su indeterminación, cuando está contenido en una ley, es un concepto jurídico, y que por consiguiente su aplicación no refiere al operador a ámbitos meta-jurídicos como el de la moral, o extra-jurídicos como el propio de ordenamientos religiosos o privados, cualquiera que sea su naturaleza, sino que debe hacerse a la luz de los valores, los principios y las reglas de derecho contenidas en el ordenamiento y que sirven de fundamento a la institución jurídica en cuya regulación está incorporado el concepto jurídico indeterminado.*

En definitiva, expuso, la indeterminación de un concepto jurídico como `buena conducta` no conlleva que el intérprete de la norma pueda aplicar un criterio subjetivo trasladando sus convicciones personales a lo que debe entenderse por el mismo sino que en cada caso debe demostrarse el desconocimiento del deber jurídico que implica la calificación de mala conducta con base en criterios objetivos y verificables<sup>43</sup>:

*No obstante que, como se ha dicho, por definición, el concepto de buena conducta contenido en una disposición legal, es un concepto jurídico y como tal su determinación no permite, ni mucho menos impone, la referencia directa a apreciaciones morales y éticas, en la medida en que el operador jurídico no puede apartarse de la manera como tales consideraciones de valor hayan sido plasmadas en el ordenamiento, ello exige, precisamente, que el propio ordenamiento suministre los parámetros para la determinación del concepto. Es claro que ello ocurre así en diversas manifestaciones de la expresión buena conducta o buen comportamiento, tales como la propia de las relaciones laborales, en las cuales la valoración de la misma se hace a la luz del respectivo reglamento de trabajo; o la buena conducta que resulta exigible de los servidores públicos, que se precisa a partir del respectivo régimen disciplinario; o la buena conducta en los establecimientos penitenciarios, determinada a partir de los reglamentos y del propósito de permitir la armónica convivencia de la comunidad carcelaria que ellos deben reflejar, etc.<sup>44</sup>*

2.4.1.9. En la sentencia **C-942 de 2003**<sup>45</sup>, se retomaron algunos criterios que ha fijado esta Corporación sobre el ingreso a la carrera administrativa, del cual se destaca la prohibición de negar el ingreso de un aspirante a la misma con base en apreciaciones subjetivas o motivos ocultos.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*

<sup>44</sup> *Ibidem*

<sup>45</sup> M.P. Alfredo Beltrán Sierra

2.4.1.10. Por último, es importante anotar que las anteriores reglas jurisprudenciales fueron reiteradas por este Tribunal en reciente fallo, **C-435 de 2013**<sup>46</sup>. En esta oportunidad, la Sala Plena declaró la exequibilidad de la expresión *guardar la compostura y el decoro debidos*, contenida en el artículo 137 del Decreto 1355 de 1970, al considerar que dicha descripción legal no era de tal manera indeterminada que conllevara el desconocimiento del principio de reserva legal en materia de limitaciones al ejercicio de las libertades.

En particular, señaló que el hecho de que una cláusula sea indeterminada no implica necesariamente que las autoridades competentes al interpretarla puedan aplicarla de manera discrecional sin acudir a criterios objetivos contenidos en el mismo ordenamiento jurídico, por ejemplo. Al paso que recordó que los conceptos indeterminados como el de moral, en el marco de procesos de tipo sancionatorio se encuentran sometidos a un estricto desarrollo del principio de legalidad y proporcionalidad.

De manera más específica, señala sobre el particular reglas frente a estas cláusulas indeterminadas y la restricción de las libertades, sosteniendo, en primer término, que tales conceptos no suponen la discrecionalidad de las autoridades; en segundo lugar, si bien se admite cierto grado de indeterminación *el legislador debe evitar emplear palabras y conceptos que impliquen un grado de ambigüedad tal, que afecten la certeza del derecho y lleven a una interpretación absolutamente discrecional de la autoridad a quien corresponde aplicar determinada disposición*; en tercera medida, no es inconstitucional esta clase de conceptos cuando sea posible esclarecerlo por medio de herramientas hermenéuticas que ofrece el ordenamiento y; por último, cuando se trata de materias sancionatorias, la exigencia de tipicidad es mayor porque su aplicación puede conllevar una afectación más profunda de derechos y libertades.

Específicamente frente al concepto de “decoro” o “buena conducta”, estableció que estos conceptos deben entenderse en relación con la noción de “moral pública”, los cuales pueden interpretarse a la luz de parámetros objetivos.

En este sentido, determinó la Sala que aunque los conceptos objeto de estudio eran indeterminados podían ser determinables a partir del contexto en el que se insertaban, por tanto, constituyen criterios válidos de limitación de libertades en el contexto de los espectáculos públicos *atendiendo a la necesidad de mantener la tranquilidad y la seguridad ciudadana en estos escenarios, en el entendido que las autoridades competentes evalúen objetivamente cada situación y*

---

<sup>46</sup>M.P. Mauricio González Cuervo

*tomen las medidas preventivas adecuadas, proporcionales y razonables, acatando los límites establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.*

*2.4.2. El concepto jurídico indeterminado de 'moral' en los procesos sancionatorios deben desarrollar con mayor rigurosidad el concepto de tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad como garantía del debido proceso.*

2.4.2.1. Ahora bien, acerca del alcance de conceptos jurídicos indeterminados en materia de procesos sancionatorios, en sentencia **C-427 de 1994**<sup>47</sup>, la Sala Plena debió analizar si los asuntos relacionados con el procedimiento disciplinario de la Fiscalía General de la Nación acerca de las facultades del funcionario instructor y lo atinente a la naturaleza de la sanción disciplinaria y la posibilidad de una valoración de los hechos que realiza el superior jerárquico, por ser amplias e imprecisas, desconocían el debido proceso, ante la posibilidad de que el intérprete las aplicara de manera arbitraria.

Al respecto, la Corte sostuvo que la naturaleza de las causales disciplinarias a nivel nacional e internacional no permite suponer que por contener conceptos como “buenas costumbres”, “moral”, “mal comportamiento social” contrarían el sistema legal y constitucional, pues esas causales atienden a principios que sustentan la función pública y el interés general, que guían las decisiones que se adoptan en el marco de un proceso disciplinario.

Además, encontró que tal y como lo había expuesto el Ministerio Público eran admisibles jurídicamente tipos abiertos en las conductas constitutivas de falta disciplinaria, en razón a que no es posible establecer un catálogo de acciones que incluyan todas aquéllas que se alejen de los fines de la función pública y que sean, por tanto, sancionables.

2.4.2.2. En esta misma línea, la sentencia **C-952 de 2001**<sup>48</sup>, declaró exequible el aparte demandado del artículo 37 de la Ley 617 de 2000<sup>49</sup> referente a la

<sup>47</sup> M.P. Fabio Morón Díaz

<sup>48</sup> M.P. Álvaro Tafur Galvis

<sup>49</sup> Artículo 37. *Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:*

*1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

(...)

exigencia del legislador a los aspirantes al cargo de alcalde de lo que podría denominarse “una hoja de vida sin tacha”, pues consideró que esta exigencia debía interpretarse como una garantía a la sociedad de que el comportamiento anterior al ejercicio del cargo había sido adecuado y que, por ende, no obstaculizaría el desempeño del mismo. Además, explicó que dicha exigencia, contentiva del concepto indeterminado “sin tacha” protegía el interés general, pues ilustraba a la sociedad acerca de la idoneidad, moralidad y probidad del aspirante a ejercer en propiedad dicho cargo<sup>50</sup>.

Por tanto, concluyó, la regulación restrictiva de este derecho político se encuentra conforme con la Constitución si se entiende que es desarrollo del principio de la prevalencia de la protección del interés general en relación con la moralización, imparcialidad y eficacia del funcionamiento del Estado colombiano.

2.4.2.3. En este respecto, la sentencia **C- 431 de 2004**<sup>51</sup>, al analizar la constitucionalidad de algunas normas referentes a faltas disciplinarias, derivadas del ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en cuyo proceso deben observarse los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad y proporcionalidad, la Corte adujo la necesidad de tener suficiente precisión a la hora de hacer referencia a criterios morales objetivos, a fin de que la determinación de la conducta sancionable no contrariara dichos principios, en especial los de legalidad y tipicidad.

En tal sentido se precisó en esta misma sentencia que a diferencia de lo que sucede en casos en los que *el legislador utiliza referencias o criterios morales para determinar situaciones jurídicas, conceder derechos o limitarlos, eventos en los cuales estas referencias legislativas admiten cierto grado de indeterminación, cuando se trata de la actividad punitiva o sancionatoria del Estado la utilización de estas referencias debe hacerse de manera concreta y precisa, indicando cuales son los comportamientos concretos que el*

---

<sup>50</sup> Sentencia C-952 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis: *La disposición acusada establece una regulación que persigue asegurar la transparencia en el ejercicio del cargo de alcalde municipal o distrital, mediante un mecanismo que es razonable y proporcionado con el fin perseguido, como es asegurar la idoneidad, moralidad y probidad de quienes lo desempeñen. Lo anterior, no sólo tiene como norte la generación de un ambiente de confianza y legitimidad con respecto del manejo de los asuntos de interés de la comunidad, sino que también pretende hacer efectivos los resultados propuestos en materia de la moralización del Estado colombiano, en términos que se ajustan a la Constitución y a la jurisprudencia referenciada.*

<sup>51</sup> M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

*legislador estima jurídicamente sancionables por ser considerados socialmente inmorales.*<sup>52</sup>

2.4.2.4. También, en sentencia **C-350 de 2009**<sup>53</sup>, la Sala estudió la constitucionalidad de la expresión *Ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres*, conducta consagrada como una falta disciplinaria en el artículo 35 de la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

El entonces demandante consideraba que la norma acusada establecía una sanción con base en dos conceptos muy amplios, el de ‘moral’ y el de ‘buenas costumbres’, lo que conllevaba una violación constitucional de los principios de tipicidad y claridad, predicables de las normas sancionatorias.

Para resolver el problema jurídico, en primer lugar, resaltó la Sala que no es ajeno a nuestro ordenamiento constitucional, el empleo de conceptos jurídicos indeterminados, como por ejemplo, la *dignidad* (arts. 1º, 42, 53, 70, y 175); *bien común* (arts. 133, 333); *buenas relaciones laborales* (art. 56), *buena fe* (arts. 83, 268), *buen crédito* (arts. 232.4, 255), *buena conducta* (art. 233), *la buena marcha* del municipio (art. 315), *interés general* (art. 1º), *interés social* (arts. 51, 58, 62, 333 y 365), *interés colectivo* (art. 86) o *interés nacional* (art. 81). De igual manera, defendió que incluso nuestra Carta Política ha utilizado la palabra moral en su texto, y por tanto, su empleo no es de por sí inconstitucional.

En este orden de ideas, concluyó la Corporación que conceptos jurídicos indeterminados como ‘moral’, en principio, sí pueden ser usados por el sistema normativo, bajo el orden constitucional vigente. No obstante, si bien su uso no está proscrito, existen situaciones y contextos en los que el uso de este tipo de expresiones debe tener un mayor grado de determinación en aras de salvaguardar el principio de legalidad, especialmente cuando el Estado, y de forma excepcional los particulares, ejercen funciones punitivas, ya sean de carácter disciplinario o penal. Sostuvo la Sentencia:

*3.5. Cabe precisar que una Constitución Política no es un conjunto de conceptos y palabras, es un sistema de reglas y principios. Por lo tanto, preguntarse si un concepto es constitucional o no, es una pregunta sin sentido. Parte de un*

<sup>52</sup> Sentencia C 431 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también sentencia C- 350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa (S.V. Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

<sup>53</sup> M.P. María Victoria Calle Correa

*error categorial, a saber: suponer que la condición de ‘constitucional’ o ‘inconstitucional’ puede ser predicada de las palabras o de los conceptos. Son las reglas legales o los actos administrativos, por ejemplo, y el uso y efecto jurídico que éstas le den a ciertas palabras y conceptos lo que puede ser reprochable constitucionalmente, en especial, si afectan el goce efectivo de derechos fundamentales. **Así pues, es claro que conceptos jurídicos indeterminados como ‘moral’, en principio, sí pueden ser usados por el sistema jurídico, bajo el orden constitucional vigente.***

3.6. Ahora bien, si bien el uso de conceptos jurídicos indeterminados no está prescrito, existen situaciones y contextos en los que el uso de este tipo de expresiones no es aceptado constitucionalmente. La jurisprudencia ha señalado algunos de los casos en los que el legislador debe abstenerse de emplear palabras y conceptos que por su grado de indeterminación pueden comprometer el ejercicio o el goce de derechos constitucionales. Se trata pues, de una defensa del principio de legalidad, que pretende dar seguridad jurídica a las personas, permitiendo prever las consecuencias de sus actos (arts. 1º y 29, CP). Por ejemplo, la Corte ha considerado inconstitucionales las normas de este grado de indeterminación que afecten irrazonablemente las libertades de expresión, sindical o de ejercer profesión u oficio, comprometiendo a la vez, la autonomía personal y el libre desarrollo de las personas.

**4.2. El grado de indeterminación de los conceptos acusados, en un contexto sancionatorio, ofrece un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad encargada de establecer si un servidor incurrió o no en tal prohibición, de suerte que las personas no cuentan con un criterio que les permita prever con certeza si una determinada actuación atenta o no contra tales conceptos. La penumbra que deben enfrentar los ciudadanos en estos casos es constitucionalmente inadmisibles.**

Se concluye entonces que en la Sentencia C-350 de 2009, se admite el uso de la expresión “moral” en contextos normativos, a excepción de los ámbitos disciplinarios, en los cuales, afirmó la Corte, la vaguedad de su contenido puede desconocer el principio de legalidad y otras garantías asociadas al derecho a la defensa.

## ***2.5. El concepto de moralidad pública en instrumentos internacionales de derechos humanos***

2.5.1. De igual manera, la introducción de conceptos jurídicos indeterminados como el de moral, está presente en varios tratados internacionales de derechos humanos aprobados por Colombia y que, por tanto, integran el

bloque de constitucionalidad, los cuales contienen disposiciones que permiten la limitación de los derechos, en orden a resguardar algunos intereses. Es por ello que es común encontrar referencias a la moral pública, como criterio válido para limitar las garantías reconocidas en los Pactos Internacionales.

2.5.1.1. Así, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, consagra en el **artículo 12** los derechos a circular libremente en el territorio de un Estado, a elegir en él su lugar de residencia como también a salir de un determinado país sin restricción alguna, advirtiendo que estas garantías sólo pueden ser limitadas cuando así lo disponga la legislación o cuando *sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*

El **artículo 18-3** consagra que la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias sólo podrá ser restringida por los motivos señalados en la ley, los cuales deben ser necesarios *para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

El **artículo 19** preceptúa que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, sin embargo, también señala que esta garantía conlleva deberes y responsabilidades, razón por la cual puede ser restringida entre otras razones para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

En igual sentido, el **artículo 21** al consagrar el derecho de reunión advierte que la limitación en su ejercicio sólo tiene justificación en los casos señalados en la ley y *que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*

De igual manera, el **artículo 22** al consagrar el derecho a asociarse libremente con otras, dispuso que *tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.*



2.5.1.2. También, la **Convención Americana de Derechos Humanos**, en varias de sus disposiciones hace referencia a la moral pública, como un criterio válido de restricción de los Derechos Humanos en ella reconocidos. Así, por ejemplo, señala la libertad de manifestar las propias creencias puede ser limitada por la moral pública, que la restricción del derecho a la libre expresión también está justificada bajo esta causa, lo mismo ocurre con las garantías de reunión, circulación y libre asociación. Las normas disponen:

El **artículo 12**, establece que *3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.*

Al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el **artículo 13** de la Convención establece que el derecho a la libertad de pensamiento y expresión sólo puede estar sujeta a previa censura, entre otros eventos, para asegurar la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por su parte, el **artículo 22** consagra que el derecho de circulación y de residencia *no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.*

2.5.1.3. En la **Opinión Consultiva OC-5 del 13 de noviembre de 1985**, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, consideró que la utilización de tales conceptos jurídicos, son admisibles y necesarios, como criterios para la restricción de los derechos. Lo anterior, al analizar la Colegiatura obligatoria de los periodistas. Sobre el particular dijo:

*64. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público.*

65. *El bien común ha sido directamente invocado como uno de los justificativos de la colegiación obligatoria de los periodistas, con base en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.*

66. *Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común.*

67. *No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de “orden público” y “bien común”, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.*

68. *La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la*

*actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.*

*69. Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse.*

2.5.1.4. La **Convención Europea de Derechos Humanos** menciona en los artículos 6.1, 8.2, 9.2, 10.2, 11.2, lo siguiente:

*Derecho a un proceso equitativo*

*1 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá de los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la **moralidad**, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*

*Artículo 8*

*Derecho al respeto de la vida privada y familiar*

*1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2 No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud **o de la moral**, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.*

## Artículo 9

### *Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, la práctica y la observancia de los ritos.

2 La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la **moral públicas**, o la protección de los derechos o las libertades de los terceros.

## Artículo 10

### *Libertad de expresión*

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la **moral**, la protección de la reputación o de los derechos de terceros, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

## Artículo 11

### *Libertad de reunión y de asociación*

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2 El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la **moral**, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado

Para evitar restricciones arbitrarias, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado el alcance de este término y ha concluido que en este aspecto, los Estados cuentan con lo que se ha denominado “margen de apreciación de los Estados”, por cuanto cada uno de estos, dependiendo del su contexto y circunstancias puede, en un momento determinado, dotar de contenido lo que puede entenderse como moral pública. Dijo expresamente el Tribunal *En razón a que ellas están en un continuo contacto con las fuerzas vitales de cada Estado, las autoridades estatales están en una mejor posición que los jueces internacionales, para dar un concepto del contexto exacto que justifica la restricción*<sup>54</sup>

2.5.2. Para ilustrar lo atinente a la manera en que el Tribunal Europeo aplicó el *margen de apreciación de los Estados* sobre moral pública, puede citarse el **caso Handyside v. U.K.**<sup>55</sup>. En esta sentencia **(i)** tanto el Gobierno como la mayoría de la Comisión manifestaron que el rol de la Corte consiste únicamente en verificar que las jurisdicciones inglesas hubiesen actuado de buena fe, de manera razonable y dentro de los límites del margen de apreciación consentido en los estados contratantes por el artículo 10 parágrafo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

<sup>54</sup> “The margin of appreciation is the discretion that a judicial body (in this case the European Court for Human Rights) acknowledges to the member States in assessing the prerequisites to apply certain measures. On the margin of appreciation doctrine see Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (Kluwer 1996), and Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. (Intersentia 2002); in Italian doctrine see Rosario Sapienza, ‘Sul margine d’apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo’ [1991] *Rivista di diritto internazionale* 571. Citado por University Of Leicester School of Law Research Paper No. 14-02. *Public Morals and the ECHR*. Roberto Perrone. *University of Ferrara*.

<sup>55</sup> “La acción que se llevó a cabo en contra de la publicación del *Schoolbook* se inició con base en la Ley de 1959 referente a las publicaciones obscenas, y la cual fue enmendada por la de 1964 sobre el mismo tema (Leyes de 1959-1964).

<sup>En</sup> su petición a la Comisión, introducida el 13 de abril de 1972, el señor Handyside se quejaba de que las medidas tomadas por el Reino Unido contra el *Schoolbook* y contra él mismo, habían violado su libertad de pensamiento, de conciencia y de convicción (artículo 9 de la Convención), su libertad de expresión (art. 10) y su derecho al respeto de sus bienes (art.1 del Protocolo número 1). Afirmaba también que a pesar de que lo dispuesto en el artículo 14 de la Convención, el Reino Unido no le había asegurado el disfrute de sus derechos sin discriminación, fundadas sobre sus opiniones políticas u otras y que las persecuciones llevadas a cabo contra él habían infringido el artículo 7 como también que el gobierno defensor había violado los artículos 1 y 13 de la Convención. El enumeraba entre otras las pérdidas que le habían causado las susodichas medidas, a saber 14.184 libras de pérdidas calculadas y algunos prejuicios no calculados.

<sup>El</sup> 4 de abril de 1974 la comisión se reunió para tratar el alegato relativo al artículo 10 de la Convención y del artículo 1 del Protocolo número 1 y definió por unanimidad de votos que ningún artículo había sido violado...

(ii) La Convención Europea de Derechos Humanos dejó entonces a consideración de cada Estado la propia concepción de moral pública. En este respecto, afirmó que cada Estado tiene un margen de apreciación dentro del cual se puede evaluar la moral en el contexto de la realidad social como la necesidad de imponer una restricción o sanción ante su desconocimiento.

(iii) El rol de vigilancia de la corte presta principal atención a los principios de una sociedad democrática. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad. Por otra parte quien quiera que ejerza su libertad de expresión asume *deberes y responsabilidades*.

En este caso la Corte de Londres usó su margen de apreciación para determinar que el Schoolbook sí fue inmoral por los esfuerzos del Sr. Handyside

---

<sup>El</sup> demandante pretendía ser víctima de una violación del artículo 10 de la Convención en términos del cual:

<sup>1.</sup> Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article (art. 10) n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

<sup>2.</sup> L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire'.

<sup>1.</sup> Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de frontera. El presente artículo (art.10) no impide a los Estados someter a las empresas de radiodifusión, de cine o de televisión a un régimen de autorizaciones.

<sup>2.</sup> El ejercicio de esas libertades comprenden las tareas y responsabilidades que pueden ser sometidas a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, en la seguridad nacional, en la integridad territorial o en la seguridad pública, en defensa del orden y en la prevención del crimen, en la protección de la salud o de la moral, en la protección de la reputación o de derechos del prójimo, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad o la imparcialidad del poder judicial.'

Las diversas medidas incriminada y la condena penal infringida al demandante Richard Handyside, como el embargo, confiscación y destrucción de la matriz y de cientos de ejemplares del Schoolbook constituyeron sin duda, -y el gobierno no lo negó- 'Injerencias de autoridades públicas', en el ejercicio de la libertad de expresión del interesado, garantizada en el párrafo 1 antes citado. Estas injerencias conllevan una violación del artículo 10 sólo si estas no se enmarcan en una de las excepciones de que trata el párrafo 2.

Por su parte, la Comisión verificó que las injerencias de litigio respetaban la primera de las condiciones del párrafo 2 del artículo 10 y de acuerdo al Gobierno y a la mayoría de la Comisión, estableció que éstas eran 'necesarias, en una sociedad democrática', para '**la protección (...) de la moral**'.

La Corte constata para empezar, con el Gobierno y la Comisión de manera unánime, que las leyes de 1959-1964 tienen un objetivo legítimo, en cuanto al artículo 10 párrafo 2: **La protección de la moral en una sociedad democrática, este último objetivo justifica el hecho de combatir las publicaciones 'obscenas', definidas por su tendencia a 'depravar y a corromper'**.

de llegar a sus lectores destinatarios entre las edades de 12 a 18 años, específicamente, con su estilo de escritura clara y simple, mediante publicidad a través de varios periódicos y unos 50.000 copias que imprimió con intención de disimularlos justo después de la primera circulación y que tenían un contenido “obsceno”. Sin embargo, aseguró el Tribunal, se requiere la vigilancia de la Convención Europea para asegurar que el estado miembro sí está actuando dentro de su margen de apreciación.

La Corte enfatizó que los hechos se desarrollaron dentro de una *sociedad democrática* donde se toleran todas las ideas. El Tribunal expuso que el autor tenía conocimiento de que sus lectores eran demasiado jóvenes, influenciables e impresionables, por tanto estaba justificada la medida de sacar de circulación el Schoolbook.

La corte emitió entonces que el fallo del 29 de octubre de 1971, de conformidad con las leyes de 1959-1964, tenía por objetivo esencial proteger la moral de los jóvenes, por tanto, su finalidad es legítima según el artículo 10 párrafo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>56</sup>.

2.5.3. Además, la doctrina también se ha ocupado de analizar la relación entre el derecho y la moral. Por ejemplo, el doctrinante Carlos Santiago Nino sostiene que *La moral social o positiva es el resultado de la formulación y aceptación de juicios con los que se pretende dar cuenta de la moral ideal; es decir, una moral social existe como tal en la medida en que los que la formulan y aceptan consideran que coincide con la moral ideal...*

*La respuesta que se puede dar a un escepticismo ético apriorístico acerca de la posibilidad de validar juicios morales es que tales juicios no se formulan en el vacío sino en el contexto de esta práctica social a la que subyacen criterios procedimentales y substantivos de validación como la universalidad, generalidad, y la aceptación de los juicios en condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento...*

*Observando la práctica de la moral vigente, Nino concluye que las funciones que de hecho ella cumple son la superación de conflictos y el fomento de la cooperación, a través de un medio concreto: la adopción libre y compartida de los principios morales que deben guiar las acciones y actitudes humanas, que permiten llegar a una convergencia de tales acciones y actitudes.*

---

<sup>56</sup> Cour Européenne Des Droits De L'Homme. AFFAIRE HANDYSIDE c. ROYAUME-UNI (Requête no 5493/72), 7 Décembre 1976. Traducción libre.

*Para concluir que estas y no otras son las funciones de la moral, parte Nino de algunas circunstancias fundamentales de la vida del hombre en sociedad que están asociadas con el Derecho y la moral: la escasez de recursos, la vulnerabilidad de los hombres frente a ataques de sus semejantes, su igualdad aproximada en cuanto a capacidades físicas e intelectuales, la coexistencia en áreas comunes, la presencia de intereses individuales divergentes...la limitada simpatía hacia los intereses ajenos...*

*Por tanto, en opinión de Nino, Derecho y Moral cumplen idénticas funciones: reducir o solucionar los conflictos entre individuos, y fomentar la cooperación entre ellos. En lo que difieren es en los medios puestos por una y otra<sup>57</sup>.*

### **3. Caso concreto**

#### ***3.1. La expresión “inmoral o” contenida en el numeral quinto del Artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no desconoce lo dispuesto en los artículos 25 y 53 de la Constitución***

3.1.1. En el caso objeto de análisis debe determinarse si la terminación unilateral del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador invocando como causal el desarrollo de un acto inmoral, vulnera el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de los trabajadores en los términos planteados por el demandante, ya que, en su criterio, aunque esta Corporación ha admitido el uso de conceptos indeterminados, también lo es que ha señalado que en algunos casos el legislador debe abstenerse de apelar a ellos cuando es tal su grado de indeterminación y vaguedad que puede comprometer el ejercicio de derechos fundamentales como acontece en los procesos sancionatorios.

3.1.2. Para iniciar, es importante precisar que, en efecto, el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece como una de las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo el que *el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores un acto inmoral*. Además, el párrafo de este mismo artículo establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extinción, la causal o mo-

---

<sup>57</sup> Serna, Pedro (Director), De la Argumentación Jurídica a la hermeneútica. Revisión Crítica de algunas teorías contemporáneas, Granada, 2005.



tivo de esa determinación y, posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

3.1.3. Ahora bien, el actor lo que evidencia en el planteamiento de su demanda es que el empleador en aplicación de esta causal puede incurrir en un acto arbitrario al hacer uso de esta causal porque puede aplicarlas de forma subjetiva sin que el trabajador conozca previamente el comportamiento que para el empleador puede dar lugar a la aplicación de la misma, al paso, agrega, que esta expresión responde a un reproche social que invade el fuero interno de los trabajadores.

3.1.4. En este respecto, es importante recordar que esta Corporación se ha pronunciado en varias oportunidades acerca del alcance y de la interpretación que debe otorgarse a la expresión moral cuando se encuentra presente en normas jurídicas.

3.1.4.1. En este sentido, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la categoría moral no depende del concepto en sí mismo sino que es su aplicación en concreto la que puede ser objeto de reproche, máxime cuando puede comprometerse la realización de derechos fundamentales. Sin embargo, por regla general, los conceptos jurídicos indeterminados sí pueden ser usados por el legislador al amparo del orden constitucional vigente<sup>58</sup>.

En este respecto, esta Corporación ha sostenido que la moral es un bien jurídicamente protegido y que debe entenderse como la moral social compuesta por principios, valores y virtudes fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos cuyo fin es garantizar una convivencia pacífica, libre y respetuosa, y también reconocer la dignidad humana sin distinción<sup>59</sup>.

Cabe reiterar que contrario a lo afirmado por el actor, esta Corporación ha proscrito la imposición de un solo código de moralidad y ha protegido el concepto de moral social al amparo de valores como la multiculturalidad y el pluralismo consagrados en la Constitución.

Sin embargo, este Tribunal también ha señalado que existen situaciones y contextos en los que el concepto de moral puede tornarse tan indeterminado

<sup>58</sup> Corte Constitucional, sentencia C-350 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>59</sup> Sentencias C-224 de 1994, C- 427 de 1994 y T-503 de 1994

que compromete el ejercicio de derechos y principios fundamentales como el de la legalidad.

Tal es el caso de las sanciones que se imponen en el marco de un proceso disciplinario cuando en este se hace referencia a criterios morales. En la sentencia C- 431 de 2004, al analizar el estudio de varias normas disciplinarias, en ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado se estableció la necesidad de que se observaran con rigor los principios de legalidad, tipicidad, antijudicialidad, responsabilidad y proporcionalidad, en especial, el de legalidad y tipicidad.

En esta misma sentencia, la Corte expuso que los procesos donde se ejerce la actividad punitiva o sancionatoria del Estado, la alusión a conceptos indeterminados debe hacerse de forma concreta y precisa, señalando qué comportamientos son los que el legislador establece como sancionables por ser considerados socialmente inmorales.

En este punto, la Sala considera necesario advertir que el actor pretende equiparar dos eventos sustancialmente diferentes en cuanto a la aplicación concreta del concepto indeterminado de moral: las sanciones impuestas con base en este tipo de criterios al interior de un proceso disciplinario y la causal de terminación unilateral del contrato por justa causa por parte del empleador cuando un trabajador incurre en un acto inmoral. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, señaló que la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador no puede considerarse como una sanción disciplinaria que se le impone al trabajador sino que es una facultad que la ley le otorga a este<sup>60</sup>.

Así mismo, en la sentencia T-546 de 2000<sup>61</sup>, se señaló que:

*El acto de despido de trabajadores privados, en principio, no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción. En efecto, la terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador, como el trabajador; derivada del principio non adimpleti contractus, que consiste en la posibilidad que tiene una parte de extinguir unilateralmente una convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones. Ahora, si bien en derecho laboral, la situación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto del empleador, justifica la consagración de algunas prerrogativas a su favor, no por ello se desnaturaliza la institución de la terminación unilateral del contrato, ni se puede afirmar*

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicación número 23508, Acta 51, del 19 de mayo de 2005. M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez.

<sup>61</sup> M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

*que adquiere el carácter de facultad disciplinaria, por cuanto la terminación del contrato y las facultades disciplinarias obedecen a propósitos diferentes.*

Es decir, los dos procesos tienen consecuencias jurídicas disímiles, pues, mientras que en el primer evento la conducta da origen al respectivo procedimiento disciplinario, la facultad que tiene el empleador no se sujeta a un proceso disciplinario alguno sino al procedimiento de terminación unilateral del contrato de trabajo, quien, en aplicación de dicha potestad puede invocar la causal contenida en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, cumpliendo con la exigencia de manifestar al momento de notificar dicha determinación el motivo u origen del despido.

Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia **T-768 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández)**, analizó el caso de un trabajador que solicitó al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales a la intimidad, a la dignidad humana, al debido proceso y al trabajo en condiciones dignas y justas, en razón a que fue registrado en medios filmicos sin su autorización en los que se grabó el momento en el que se besó con una trabajadora de la misma entidad en su hora de descanso, conducta que originó la terminación unilateral del contrato de trabajo por haber incurrido en acto inmoral.

Para la Sala Novena de Revisión *...en cuanto a la grabación de la conducta laboral del señor Mahecha Jiménez, registrada en uno de los dispositivos ubicados en la oficina donde aquel trabajaba, por fuera del sistema de monitoreo y no conocida por el actor, resultaba justificada, pues no puede pasarse por alto que el banco le había advertido que la cámara instalada en dicho lugar estaba siendo obstruida, impidiéndose registrar lo que sucedía en dicha área, con lo que se podían impedir las labores de seguridad y control. En efecto, la entidad accionada informó que el accionante `en reiteradas ocasiones y pese a las recomendaciones del Departamento de Seguridad del BANCO, obstruyó la cámara del circuito cerrado de televisión impidiendo registrar lo que sucedía en dicha área, situación que alertó a las directivas del Banco y como medida preventiva se coloca una cámara adicional, lo cual no implica que se deba pedir autorización a los empleados para efectos de preservar la seguridad, impedir un eventual hecho delictivo o confirmar una violación al reglamento de trabajo como efectivamente se constató en el presente caso`.*

3.1.4.2. A diferencia de las consideraciones puntuales en el caso de las sanciones establecidas en el marco de los procesos disciplinarios donde la alusión

a conceptos indeterminados le impone al legislador establecer de manera concreta el tipo de conductas consideradas inmorales y que son objeto de sanción en estricto cumplimiento del principio de legalidad y tipicidad, existen otros contextos en donde el legislador puede apelar a conceptos indeterminados sin que tenga la carga de desarrollar el concepto de tipicidad, en estricto sentido, pero que aún así no da lugar a que se realicen referencias a apreciaciones morales y éticas individuales, pues existen en el ordenamiento jurídico y constitucional parámetros para aplicar en concreto dichas categorías indeterminadas como el de “inmoral” sin desconocer valores, principios y derechos superiores de gran valor en el marco de un Estado Social de Derecho. Tal es el caso de la valoración del acto inmoral en desarrollo de un contrato de trabajo, análisis que debe hacerse a la luz del respectivo reglamento de trabajo<sup>62</sup> y no de la visión particular del empleador.

Cabe anotar que el artículo 57-9 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra como una de las obligaciones del empleador *Cumplir el reglamento y mantener el orden, la moralidad y el respeto a las leyes* y el artículo 58-4 de esa misma normativa *Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros*.

Así lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien en fallo con número de radicación 36123, del 23 de febrero de 2010<sup>63</sup>, señaló que cuando se acude a las causales de terminación unilateral del trabajo por justa causa, los hechos que dan lugar a la aplicación de dichas causales deben confrontarse con las disposiciones reglamentarias y contractuales.

Ahora, si bien existen algunos pronunciamientos de esta Corporación en sede de tutela mediante los cuales se ha señalado que la expresión ‘acto inmoral’ o ‘conducta inmoral’ es amplia e indeterminada y que por ello desconoce el principio de tipicidad<sup>64</sup>, lo cierto es que a la luz de la línea jurisprudencial

---

<sup>62</sup> Sentencia C-371 de 2002

<sup>63</sup> M.P. Eduardo López Villegas

<sup>64</sup> Con respecto a la aplicación de la causal de terminación unilateral del contrato por haber cometido el trabajador ‘acto inmoral’, sostuvo: *Al respecto considera la Corte, que la expresión acto inmoral o conducta inmoral es muy amplia y vaga adoleciendo de indeterminación y vulnerando de tal manera el principio de tipicidad. En efecto, no se consagra la determinación concreta de los comportamientos inmorales que pueden ser objeto de una justa causa de terminación del contrato por parte del banco, o los criterios objetivos para su determinación, permitiendo abarcar una gran cantidad y diversa de conductas o actos, que apreciables de manera subjetiva por el banco, pueden dar lugar a que se consideren inmorales con el fin de dar por terminada unilateralmente la relación laboral con justa causa, como aconteció en el caso concreto, en el que se consideró acto inmoral el besar apasionadamente a una compañera de trabajo, acto que por sí solo en las relaciones personales no tiene dicha connotación y menos con el alcance de ser el motivo para la terminación unilateral de la relación laboral.*

ya expuesta, puede evidenciarse que el concepto 'moral' no es de tal manera indeterminada porque el mismo ordenamiento jurídico contiene los elementos necesarios para su determinación como acontece en el plano laboral.

A modo ilustrativo, en el caso específico analizado en la sentencia **T-768 de 2008**<sup>65</sup> parece que se equiparara el análisis de tipicidad de las faltas disciplinarias a las actuaciones en el plano laboral que pueden originar la aplicación de la causal contenida en el numeral quinto del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo cuando, como quedó visto, se trata de casos sustancialmente diferentes, de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia constitucional y la de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, puede evidenciarse que aunque en este caso concreto se negó el amparo invocado en un contexto de terminación del contrato por haber cometido el trabajador un acto 'inmoral', se enfatizó acerca de la importancia de establecer mediante criterios objetivos la calificación de dicha conducta como 'inmoral'.

En este contexto, lo importante, más allá de determinar con exactitud cada uno de los comportamientos que dan lugar a calificar un acto como inmoral, como regla general, es que dicho concepto pueda llenarse a partir de elementos contenidos en el mismo ordenamiento jurídico para proceder a su aplicación; pues, como se expuso en la misma sentencia T-768 de 2008<sup>66</sup> y se reitera en este fallo, la indebida aplicación de una norma –en este caso de la expresión demandada- escapa al examen del control constitucional y, prima facie, le corresponderá a los jueces laborales analizar la justa causa de terminación del contrato laboral, a no ser que se encuentren comprometidas garantías superiores que puede originar la presentación de otras acciones constitucionales como la tutela.

Bajo esta línea argumentativa en la **sentencia T- 276 de 2014**<sup>67</sup> se reiteró que en el marco de los procesos disciplinarios – que opera como excepción a

---

*Cabe recordar, que la jurisprudencia de esta corporación ha establecido, en relación con la tipicidad de faltas disciplinarias, que si bien ésta no comprende una descripción precisa y detallada de la conducta, como en el ámbito penal, y aunque los tipos en el derecho disciplinario son abiertos, sin embargo debe poderse establecer con claridad y de manera objetiva la conducta prohibida objeto de sanción.*

<sup>65</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>66</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>67</sup> M.P. María Victoria Calle Correa. En este fallo se emitieron las siguientes órdenes: (i) ...*el reintegro transitorio del señor Osvaldo Manuel Laborde Álvarez a un cargo en iguales o similares condiciones al que desempeñaba al momento de su despido. Dicho reintegro deberá producirse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia. El amparo cesará si en el término de cuatro (4) meses el actor no instaura la acción ordinaria ante el juez laboral para que se decida definitivamente la controversia;* (ii) ...*cancelarle al señor Osvaldo Manuel Laborde Álvarez todos los salarios, prestaciones sociales y aportes a salud y pensiones a que tiene derecho, causadas a su favor entre el veinticinco (25) de febrero de dos mil trece (2013) y la fecha de reintegro, sumas que deberán*

la regla general- conceptos indeterminados como el de 'moral' se encuentran sometidos a un nivel más estricto de tipicidad:

*La decisión de despido se tomó con base en el régimen disciplinario de la compañía, el cual hace parte de su Reglamento Interno de Trabajo y de la Convención Colectiva de Trabajo pactada con SINTRAMINERGÉTICA mediante laudo arbitral, la cual tenía vigencia hasta el veintiséis (26) de noviembre del dos mil ocho (2008).<sup>68</sup> El reglamento incluye en su artículo 14, 15 y 67 el concepto jurídico indeterminado de moral...*

*7.4. La Convención Colectiva, por su parte, establece una escala de sanciones sin especificar el tipo de faltas a las que se aplica. Según esta, "en caso de que la determinación sea la aplicación de una sanción disciplinaria, LA EMPRESA (...) aplicará la siguiente escala de sanciones: 1. Primer falta, llamado de atención. 2. Segunda falta, suspensión de 1 día. 3. Tercera falta, suspensión de 2 días. 4. Cuarta falta, suspensión de 3 días. 5. Quinta falta, suspensión de 8 días. 6. Faltas superior a la quinta vez hasta por 30 días de suspensión"<sup>69</sup>...*

*7.6. De la lectura del reglamento de la empresa, puede colegirse que, en efecto, en este se entiende de manera explícita que la comisión de actos inmorales es una falta grave y una causal de despido, pero no se precisan, desarrollan o clasifican las conductas inmorales específicas que están prohibidas, ni tampoco se ofrecen criterios para determinarlas. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corte, en el acápite quinto de esta providencia, el término "moral" es un concepto jurídico excesivamente indeterminado que lesiona la seguridad jurídica y el principio de legalidad y tipicidad cuando es empleado en materia disciplinaria sin mayores precisiones sobre las conductas prohibidas.<sup>70</sup> De esta manera, este*

---

*cancelarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia y (iii) ... modificar su Reglamento Interno de Trabajo con el ánimo de precisar de manera clara, expresa e inequívoca los comportamientos considerados como "inmorales" y catalogados como faltas disciplinarias graves, establecer las clases de faltas, los criterios para evaluar las conductas. Estableciendo un sistema que permita la clasificación de la falta y la graduación de la sanción...* (Subraya fuera de texto)

<sup>68</sup> "Ver folio 22 del cuarto cuaderno"

<sup>69</sup> "En respuesta al Auto de Pruebas que profirió la Corte Constitucional el veintiséis (26) de noviembre de dos mil trece (2013), Prodeco S.A. aportó copia de la Convención Colectiva de Trabajo fijada a través de laudo arbitral (folios 7 a 24 del cuarto cuaderno. La norma transcrita se encuentra específicamente en el folio 10)".

<sup>70</sup> Ver sentencia C-350 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Ignacio Pretelt y Nilson Pinilla Pinilla). En esa ocasión, se presentó acción de inconstitucionalidad contra el numeral 9º del artículo 35 del Código Disciplinario Único –Ley 734 de 2002–, por considerar que establecía una sanción con base en dos conceptos muy amplios, el de 'moral' y el de 'buenas costumbres', lo cual a su juicio conllevaba una violación constitucional de los principios de tipicidad y claridad al cual deben acogerse las normas sancionatorias. La Corte le dio la razón al demandante, tras sostener que la norma acusada contemplaba una prohibición disciplinaria con expresiones cuyo grado de indeterminación no es aceptable constitucionalmente.

*concepto se presta para la interpretación subjetiva del empleador, por una parte, y le impide al trabajador prever qué tipo de comportamientos están prohibidos y pueden ser sancionados, por la otra...* (Subraya y negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior y lo expuesto por la mayoría de los intervinientes, el principio de tipicidad en materia laboral no implica una descripción clara, detallada, y precisa de la conducta reprochada ante la imposibilidad de que, en casos como el que se analiza, el legislador consagre una lista precisa de comportamientos, tal y como acontece con los tipos en blanco. No obstante, en este caso la palabra `inmoral` acusada no es en tal grado indeterminada porque en cada caso particular puede aplicarse de manera objetiva acudiendo a las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico.

3.1.4.3. En razón a lo anterior, la Sala considera que más que trasladar las mismas exigencias establecidas por esta Corporación cuando el legislador contempla conceptos indeterminados en materia disciplinaria –pues, como quedó visto, se trata de hipótesis sustancialmente diferentes– es necesario reiterar la importancia de que el empleador cuando apele a la causal contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo por acto inmoral para terminar de manera unilateral el contrato de trabajo por justa causa, le asegure al trabajador unas garantías mínimas dentro de dicho procedimiento.

Así, el empleador está en la obligación, de acuerdo con lo establecido en el **parágrafo del artículo 62**, de manifestarle al trabajador la razón por la cual termina unilateralmente el contrato de trabajo<sup>71</sup> y además, dicha conducta debe ser realizada por el empleado en el lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores. Agregado a lo anterior, se resalta la importancia de que el trabajador sea escuchado en ejercicio de su derecho de defensa:

*De otra parte, es preciso recordar que el Código Sustantivo del Trabajo exige en el parágrafo del mismo artículo 62 -declarado exequible por la Corte en la sentencia C-594/97, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero-, que quien pretenda finalizar unilateralmente la relación de trabajo, debe dar a*

<sup>71</sup> Sentencia T-546 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa: *En cuanto a la forma como se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo, el empleador tiene diversas obligaciones. La primera de tales obligaciones consiste en manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior. Tal deber tiene, a su vez, dos propósitos fundamentales, por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos.*

*conocer a la otra la causal o el motivo de su decisión. Causal que, se repite, debe estar plenamente demostrada. En consecuencia, no es posible alegar con posterioridad, causales distintas a las invocadas.*

*La Corte Constitucional afirmó en la prononbrada sentencia, que el párrafo del artículo 62 del C.S.T., debe ser interpretado de conformidad con el principio de la buena fe: no es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.*

*Para concluir, es preciso reiterar que de acuerdo con la disposición acusada, el acto de violencia, la injuria o el mal tratamiento debe ser de tal entidad que haga imposible la prosecución del contrato de trabajo. Por tanto, el empleador está en la obligación de apreciar las circunstancias en que se presentaron los hechos o comportamientos anómalos del trabajador y las consecuencias que se derivan de esas conductas, para tomar la medida que más se ajuste a los intereses de la organización empresarial<sup>72</sup>.*

En definitiva, la terminación unilateral por acto inmoral debe guardar relación con conductas del trabajador desarrolladas en el establecimiento o lugar de trabajo o en ejercicio de sus funciones y que afecten el normal desarrollo de las actividades de la empresa, las relaciones entre el empleador y los trabajadores, y entre los compañeros de trabajo<sup>73</sup>.

3.1.4.4. En virtud de lo expuesto, esta Sala evidencia que la expresión demandada no debe interpretarse como el ejercicio de una facultad arbitraria a favor del empleador, pues este no puede otorgarle el alcance meramente subjetivo que pretende adscribirle el demandante sino que debe responder a una actuación desarrollada en el ámbito laboral. Además, el mismo párrafo del artículo 62 consagra que el empleador debe manifestarle a quien es despedido unilateralmente por esta causa, la razón por la que es procedente la aplicación de la misma.

Ahora bien, en el trasfondo del debate constitucional que propicia el actor subyace el temor frente a la indebida aplicación de la facultad de terminar el

<sup>72</sup> Ver sentencia C-299 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>73</sup> Sentencia T- 546 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa



contrato unilateralmente por un acto inmoral, argumento que no conlleva la declaratoria de inexequibilidad de dicha expresión, ya que dicho análisis escapa a la naturaleza y finalidad de la acción pública de inconstitucionalidad. Ello, por cuanto a través de esta acción pública no pueden resolverse problemas particulares, objeto para el cual, existen otras acciones legales y constitucionales en aquellos eventos en que acaezca la hipótesis planteada por el actor, como las que pueden ejercerse en el marco de un proceso ordinario laboral y ante los jueces de tutela por la presunta vulneración de derechos fundamentales.

3.1.4.5. Con respecto a la estabilidad laboral, esta Sala considera importante reiterar que dicho derecho no es absoluto y que el hecho de que se efectúe un despido en uso de la facultad otorgada al empleador para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa no implica su desconocimiento. Aún más, si el empleador no cumple con sus obligaciones cuando acude a este procedimiento puede dar lugar a que se origine un despido injustificado, evento en el cual el ordenamiento jurídico consagra el reconocimiento de indemnizaciones económicas, sumado a que puede exponerse al inicio de procesos laborales y a acciones constitucionales como la tutela si además se encuentran comprometidos derechos fundamentales.

En definitiva, si bien la Constitución y la legislación laboral consagran una estabilidad laboral a favor del trabajador, también lo es que el legislador autorizó al empleador para que acaecidos ciertos eventos que afectan el normal desarrollo de las relaciones y actividades del trabajo pueda terminar por justa causa ese vínculo.

3.1.4.6. Por las razones anteriores, la Sala encuentra que la expresión acusada “inmoral o” contenida en el numeral quinto del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no vulnera los derechos al trabajo y a la estabilidad laboral, pues ésta se enmarca dentro de una de las potestades que puede ejercer el empleador para dar por terminado por justa causa el contrato laboral, cuya aplicación en concreto no es de tal forma indeterminada que conduzca a la aplicación caprichosa y arbitraria por parte de los empleadores, ya que **existen elementos que guían en particular su aplicación**, los cuales se encuentran señalados en la misma norma, como por ejemplo el deber que tiene el empleador de manifestar expresamente **(i)** qué acto considera inmoral, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; sumado a que **(ii)** dicho acto debe realizarse en el establecimiento o lugar de trabajo o en desa-

rollo de sus funciones. **(iii)** Dicho proceso de terminación unilateral del contrato de trabajo por haber incurrido en acto inmoral debe seguirse bajo la observancia del respeto del derecho a la defensa del actor; **(iv)** la adecuación de la conducta inmoral debe realizarse tomando en consideración la disposición legal, y además realizando una confrontación de la misma frente al contrato y reglamento de trabajo<sup>74</sup>, pues, al amparo del artículo 104 del Código Sustantivo del Trabajo en dicho reglamento es donde están consignadas el conjunto de normas que determinan las condiciones a las que deben sujetarse el empleador y sus trabajadores en la prestación del servicio; y **(v)** debe involucrar un análisis de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la misma<sup>75</sup>.

### 3.1.5. Conclusiones

3.1.5.1. La expresión “inmoral o” demandada no habilita al empleador para que pueda aplicar esta causal de terminación del contrato de trabajo por justa causa de manera arbitraria ni con base en juicios subjetivos sobre la conducta del trabajador en el plano ético o religioso como lo asume el actor, sino que esta atiende al concepto jurídico de moral social. Como quedó expuesto en líneas anteriores, la moralidad pública remite a los principios y valores fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa. Es decir, no corresponde a creencias particulares confesionales o subjetivas sino a la ética moral colectiva contenida en la Constitución la cual tiene fundamento en el respeto al pluralismo, la tolerancia y la diversidad cultural.

3.1.5.2. La facultad de terminar el contrato de trabajo por justa causa con base en el acto `inmoral` debe enmarcarse en lo dispuesto en la ley. Para el caso, deben aplicarse criterios como los señalados en la jurisprudencia ya citada sobre la aplicación de conceptos indeterminados, en el sentido de que: (i) dicho concepto debe entenderse como moral social y debe producir una desaprobación objetiva de acuerdo con los parámetros axiológicos aceptados por la sociedad, lo que excluye un reproche subjetivo crítico o intolerante; y (ii) la realización del acto considerado `inmoral` debe darse en el lugar de trabajo o en ejecución de las labores, y afectar el normal desarrollo de las funciones de la empresa. Es decir, dicho acto debe trascender la esfera privada y del interés particular

<sup>74</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado No. 36123, del 23 de febrero de 2010. M.P. Eduardo López Villegas.

<sup>75</sup> *Ibidem*

a un ámbito laboral, por afectar derechos de terceros, y la convivencia digna y respetuosa que debe guiar las relaciones de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley.

3.1.5.3. Adicionalmente, los instrumentos internacionales de derechos humanos aprobados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad, y la jurisprudencia de tribunales internacionales como el europeo, contemplan que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por razones de moralidad pública para garantizar el orden jurídico y el interés general.

3.1.5.4. En este caso concreto el empleador al interpretar el concepto jurídico de inmoral, debe analizar el comportamiento de manera razonable, objetiva e imparcial, máxime cuando el propio ordenamiento, como quedó visto, suministra los parámetros para la determinación del concepto.

3.1.5.5. Por todo lo expuesto, la Corte Constitucional encuentra que la expresión “inmoral o” contenida en el numeral 5 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, no contraviene los postulados constitucionales al trabajo y a la estabilidad laboral, ya que no da lugar a una aplicación caprichosa ni arbitraria del empleador de la misma, por cuanto, se reitera, dicha conducta debe realizarse en el lugar de trabajo o en ejercicio de las labores y que, además, afecten el normal desarrollo de la vida laboral, lo cual no constituye ni falta disciplinaria ni implica una invasión del área privada ni del fuero interno del trabajador como lo plantea el demandante, esfera que es excedida cuando su conducta incide en el cumplimiento de sus obligaciones, como el deber de *guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros*<sup>76</sup>, afectando el ambiente laboral.

#### **4. Decisión**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Plena de la Corte Constitucional**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### **Resuelve**

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados, la expresión *inmoral o* contenida en el numeral quinto del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>76</sup> Artículo 58, numeral 4 del Código Sustantivo del Trabajo.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

Luis Ernesto Vargas Silva  
Presidente  
*Con aclaración de voto*

María Victoria Calle Correa  
Magistrada

Mauricio González Cuervo  
Magistrado

Luis Guillermo Guerrero Pérez  
Magistrado

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo  
Magistrado

Gloria Stella Ortiz  
Magistrada

Jorge Iván Palacio Palacio  
Magistrado

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub  
Magistrado

Martha Victoria SÁCHICA Méndez  
Magistrada

Andrés Mutis Vanegas  
Secretario General



## Revista 2000 – 3000

### Universidad de Ibagué Instrucciones para los autores

La Revista 2000-3000 es la revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Ibagué. Busca publicar una variedad de reflexiones de los abogados y docentes de las facultades de Derecho de los siguientes tipos: reflexiones sobre temas específicos, monografías, memorias de congresos, conferencias, notas cortas, reseñas críticas, estudios de caso, avances sobre proyectos de investigación, traducciones, revisiones de temas, textos de estudiantes destacados y otros. Las siguientes son las normas establecidas por la Revista para que nuestros colaboradores tengan en cuenta cuando envíen sus artículos a consideración para su publicación.

1. **Extensión de los artículos.** Los trabajos deben tener una extensión máxima de 20 000 palabras y pueden incluir espacio para gráficos, tablas e ilustraciones. La bibliografía del artículo no se incluye dentro de la extensión del artículo.
2. **Envío de artículos.** Cada documento deberá presentarse en Times New Roman, 12 puntos, a espacio y medio y en soporte magnético, en formato Word. Se deben enviar a [constanza.vargas@unibague.edu.co](mailto:constanza.vargas@unibague.edu.co)
3. **Cierre de edición:** Los artículos se recibirán hasta el día 30 de noviembre de cada año para la publicación del año siguiente.
4. **Componentes de los artículos.** Los artículos deben contener los siguientes apartes:
  - *Resumen.* Cada artículo deberá llevar un resumen, de mínimo 150 palabras a 250 palabras, que indique claramente el tema y los objetivos.
  - *Palabras claves.* Luego del resumen deberá adjuntarse una lista de, máximo, cinco palabras clave, que faciliten el análisis temático y la identificación del artículo.
  - *Cuadros e ilustraciones.* Los cuadros deberán presentarse en Word o Excel. Los dibujos y fotografías se incluirán para aclarar o sintetizar la información, y deben presentarse en formato TIF o JPEG. Todos deben incluir su identificación y la fuente, si fuere necesario.
  - *Información del autor.* Los trabajos deberán acompañarse de una ficha de identificación del autor, que contenga los siguientes datos: nombre y apellidos, títulos y universidades en las que obtuvieron los postgrados, la institución donde desarrolla su actividad académica, dirección electrónica (e-mail) y teléfono. También, si pertenece a un grupo de investigación. Se adjuntará una relación de las dos publicaciones más recientes, si las tuviera.

- *Llamadas y notas a pie de página.* En las notas de pie de página, notas bibliográficas o aclaratorias, se usa el superíndice. Sin embargo, en algunos casos, por ejemplo, cuando la nota aclaratoria no pertenece al texto en sí, por ejemplo, si se trata de una nota del editor, fuente, se emplea el asterisco.
  - *Referencias bibliográficas.* Todas las fuentes citadas o mencionadas deberán estar claramente identificadas, de acuerdo con las Normas APA. Al final del artículo deberá listarse toda la bibliografía consultada.
5. **Proceso de arbitraje.** La pertinencia de los trabajos presentados tendrá en consideración que esta es una revista de difusión, de temática abierta, siempre que el contenido desarrollado en el artículo tenga relación directa con la teoría, la práctica educativa o se relacione con otro tema de interés universitario y disciplinar. El Comité Científico de Arbitraje será el encargado de valorar el rigor científico, el desarrollo de las ideas del artículo y la importancia de los trabajos presentados. Si el artículo aborda un tema coyuntural, transitorio o limitado a un contexto local, será potestativo del Comité Científico definir la importancia de su inclusión en la Revista.

Con el fin de garantizar la más plena autonomía de los miembros del Comité de Arbitraje Científico, el proceso de juzgamiento de los artículos será anónimo, en cuanto al árbitro asignado y al autor que se evalúa. Solo se publicarán los trabajos que hayan sido aprobados por el Comité de Arbitraje Científico, según una selección previa del Consejo Editorial.

6. **Declaración de originalidad.** Sin excepción, todo trabajo que se presente a consideración de la Revista 2000-3000 de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Ibagué deberá estar acompañado de la Declaración de originalidad, firmada por cada uno de los autores, de acuerdo con el formato que sigue:

### **Declaración de originalidad**

Yo \_\_\_\_\_ certifico que del trabajo denominado \_\_\_\_\_ que anexo para posible publicación en la Revista 2000-3000 de la Universidad de Ibagué es de mi autoría y es resultado de mi propio trabajo intelectual. Declaro, también, que las citas y los materiales ya publicados se han incluido en las citas del texto y en las referencias bibliográficas.

Informo, además, que cuento con la autorización para publicar de quienes poseen los derechos patrimoniales. Por lo anterior, me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual y exonero de responsabilidad a la Universidad de Ibagué. También declaro que este artículo no lo he presentado a otra publicación seriada, para su respectiva evaluación y, posterior, publicación.

En caso de que el documento de la referencia sea aprobado para su publicación, como autor (a) y propietario (a) de los derechos de autor, autorizo a la Universidad de Ibagué para que incluya dicho texto en el número \_\_\_\_\_ la Revista 2000-3000 para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios electrónicos en texto completo o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Para constancia de lo anteriormente expuesto, se firma esta declaración a los \_\_\_\_ días, del mes de \_\_\_\_\_, del año \_\_\_\_\_, en la ciudad de \_\_\_\_\_.

Nombres, Firma y Documento de Identificación (si son varios autores, cada uno debe firmar).

#### Nota de copyright

La presente revista y su contenido son propiedad de la Universidad de Ibagué y, en consecuencia, solo se podrá acceder a ella para lectura o impresión, como copia personal, y sin ánimo de lucro. Cualquier otra forma de utilización como reproducción, transformación, comunicación pública o distribución, se puede hacer con la autorización de la Universidad de Ibagué.

Contacto: Constanza Vargas Sanmiguel  
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Universidad de Ibagué  
Teléfono: (57-8) 2709400  
PBX: 2709400, Ext 288 Fax: 2709456  
constanza.vargas@unibague.edu.co



