JUSTICIA CONSTITUCIONAL A DEBATE

VOL. 1.
CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES DEL 2021

Humberto Sierra Porto
Paula Robledo Silva
Diego González Medina
(Editores académicos)

Universidad Externado de Colombia

JUSTICIA CONSTITUCIONAL A DEBATE

VOL. I: CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES DEL 2021

HUMBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO
PAULA
ROBLEDO SILVA
DIEGO ANDRÉS
GONZÁLEZ MEDINA
(Editores académicos)

JUSTICIA CONSTITUCIONAL A DEBATE

VOL. I: CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES DEL 2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

ISBN: POR ASIGNAR

© 2022, HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, PAULA ROBLEDO SILVA,
DIEGO ANDRÉS GONZÁLEZ MEDINA (EDITORES ACADÉMICOS)
© 2022, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (+57) 601 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: octubre de 2022

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Ángela María Pérez Beltrán
Composición: Precolombi EU-David Reyes
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

ALEXEI JULIO ESTRADA
DIEGO ANDRÉS GONZÁLEZ MEDINA
ÉDGAR SOLANO GONZÁLEZ
FLORALBA PADRÓN PARDO
GONZALO RAMÍREZ CLEVES
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
JALIL ALEJANDRO MAGALDI SERNA
JORGE ERNESTO ROA ROA
JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA
MAGDALENA CORREA HENAO
MARÍA ALEJANDRA OSORIO ALVIS
MARÍA DOLORES MINO BUITRON
MARIANA MEDINA BARRAGÁN
MICHELLE M. PAZ GLEN
PAULA ROBLEDO SILVA

CONTENIDO

Presentación 11
Humberto Antonio Sierra Porto
Paula Robledo Silva
Diego Andrés González Medina

DERECHOS DE LIBERTAD

C-135 de 2021
(Libertad de expresión) 19
Juan Carlos Upegui Mejía
María Alejandra Osorio Alvis

C-233 del 2021
(Eutanasia) 37
Jalil Alejandro Magaldi Serna

C-282 del 2021
(*Habeas Data*) 57
Alexei Julio Estrada

C-294 del 2021
(Cadena perpetua) 77
Gonzalo Ramírez Cleves

DERECHOS DE IGUALDAD

C-062 de 2021
(Habitantes de la calle) 101
Magdalena Correa Henao

C-102 de 2021
(Exención de IVA a dispositivos de higiene menstrual) 125
Paula Robledo Silva
Mariana Medina Barragán

C-116 del 2021
(Vulnerabilidad de veteranos de guerra) 149
Édgar Solano González

SU-201 de 2021
(Violencia de género económica) 165
María Dolores Mino Buitron
Jorge Ernesto Roa Roa

DERECHOS POLÍTICOS Y DEMOCRACIA

C-302 de 2021
(Conflicto de intereses de Congresistas) 187
Paula Robledo Silva

SU-150 de 2021
(Curules de Paz) 205
Floralba Padrón Pardo
Michelle M. Paz Glen

SU-257 de 2021
(Nuevo Liberalismo) 227
Diego Andrés González Medina
Humberto Antonio Sierra Porto

Las autoras y los autores 245

Es un gusto presentar el primer volumen de *Justicia constitucional a debate*. Una iniciativa que nace en el marco del grupo de Justicia Constitucional del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, con el objetivo de divulgar, discutir y analizar algunas de las sentencias más importantes que profiere la Corte Constitucional año a año. Un proyecto que, además, hemos pensado a manera de homenaje a este alto tribunal que, durante ya treinta años se ha dedicado tenazmente no solo a la defensa de nuestra Constitución, sino en particular, a la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas, especialmente, las más vulnerables.

La importancia de conocer, estudiar y divulgar las sentencias de la Corte tiene al menos dos justificaciones, especialmente relevantes dentro del contexto nacional. En primer lugar, está la que tiene que ver con el elevado valor que posee esta jurisprudencia. Lo cierto es que el trabajo de quienes administran justicia, en particular de quienes integran los tribunales de cierre, resulta determinante para garantizar la coherencia, la unidad y la cohesión de los ordenamientos jurídicos. Después de todo, no podemos olvidar que la jurisprudencia cumple en abstracto múltiples funciones, en especial cuando se trata de la constitucional.

Pese a que, en la tradición del derecho continental, la ley y la Constitución han sido las fuentes principales del Derecho, lo cierto es que, con el paso del tiempo, la jurisprudencia ha ido ganando terreno, ya no solo como criterio auxiliar, sino como una fuente robusta y sustancial. Esto se explica, por un lado, en la medida en que contribuye a colmar los vacíos o lagunas jurídicas que pueden existir dentro del ordenamiento (función integradora); por otro, al resolver las antinomias que surgen entre diferentes normas jurídicas (función interpretativa); y finalmente, al nutrir la ley y la Constitución para que se mantengan vigentes y eficaces ante los constantes cambios de la sociedad.

Y es que, en realidad, en el contexto colombiano no es extraño reconocer el particular valor que ostenta la jurisprudencia como fuente del derecho. Hemos de recordar que desde la década de los años treinta los magistrados, de lo que después se conoció como la Corte de Oro, ya venían desempeñando lo que algunos académicos han denominado como una labor

creadora. Día a día, con su trabajo realizaban una crítica antiformalista a la ley, destacando y superando los terribles defectos que se derivaban del excesivo formalismo que caracterizaba a nuestro ordenamiento en ese entonces.

Ahora bien, a pesar de que la Constitución establece en su artículo 230 que la jurisprudencia obra apenas como un criterio auxiliar para la actividad judicial. Es posible, de una interpretación armónica del texto constitucional, concluir que existen una serie de particularidades en el caso de la jurisprudencia constitucional. Y aquí vale recordar que desde 1966, el maestro Carlos Restrepo Piedrahita ya venía proponiendo insistentemente en la necesidad de una Corte Constitucional autónoma que velara por la integridad y la supremacía del ordenamiento constitucional; y, que, a su vez, se ocupara de materializar las garantías sustanciales de la Constitución. Y fue así como en buena medida esta idea logró calar en la Constitución de 1991.

La jurisprudencia constitucional termina siendo más que un criterio auxiliar o una fuente secundaria en la medida en que, por un lado, las decisiones adoptadas por la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y, por otro, existe una prohibición expresa en la Constitución para la reproducción material de aquellos actos jurídicos que hayan sido declarados contrarios a la Constitución. En otras palabras, en el marco de la justicia constitucional, las providencias tienen efectos generales que inciden y afectan de manera directa e inmediata a todo el ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, está el valor adicional que se desprende del trabajo mismo de la Corte. Al respecto, hemos de señalar que la Corte -al menos en sus primeras cohortes- tuvo que afrontar exitosamente un desafío sin precedentes: interpretar un nuevo paradigma constitucional, mientras que se terminaba de establecer la jurisdicción constitucional e incluso de la misma Corte como órgano de cierre. Y, en adelante, asumir el reto permanente de mantener vivo el ordenamiento constitucional, con interpretaciones y decisiones actuales que, pese a adecuarse al paso de los tiempos, respeten y mantengan los pilares plasmados por el Constituyente primario hace tres décadas.

Se trata de una tarea que la Corte ha sabido cumplir de la mejor manera posible. Y, es por ello, entre otras razones, que a pesar de que su historia

aún puede ser calificada como corta, ha logrado ganarse la confianza de la ciudadanía; tal como el reconocimiento y respeto de la comunidad internacional. Tanto es así que, para muchos, la Corte Constitucional constituye un baluarte de la justicia constitucional que funge como referente para otros tribunales de muchos países.

Se trata de una Corte innovadora y garantista, que ha sabido adaptarse a una realidad desafiante y cambiante en donde problemas estructurales como: la pobreza y desigualdad extremas, el conflicto armado, la corrupción, los sesgos coloniales y discriminatorios, entre otros, hacen parte de nuestro sistema y se materializan en el día a día de las personas. Ello se evidencia al ver cómo, a través de sus decisiones, ha fungido como propulsora de cambios orientados a superar dichas problemáticas o cuando menos, sus efectos nocivos en la dignidad humana y el orden constitucional.

Como hemos anticipado, *Justicia constitucional a debate* es un proyecto que busca, por un lado, rendir un homenaje al trabajo de la Corte Constitucional, no solo por la relevancia que ha tenido para el país, sino también, porque en nuestro caso conocemos de primera mano el incansable trabajo y dedicación, tanto de las magistradas y los magistrados de la Sala Plena de la Corte, como de todos los miembros de sus despachos.

Este volumen también es un ejercicio de divulgación de ese trabajo que día a día hace la Corte. Una difusión que pretendemos no se agote en dar a conocer las decisiones del juez constitucional, sino que también ayude a "traducirlas", para que lleguen no solo a juristas y académicos, sino a toda la población.

Dicho ejercicio incluye un desglose de cada una de las providencias e igualmente un análisis crítico, muchas veces necesario ante la extensión y complejidad de las sentencias de la Corte. Esto también es parte del deber que la academia debe cumplir como veedora del trabajo de este Alto Tribunal. Así pues, las crónicas que integran el volumen, sintetizan y traducen las decisiones de la Corte, también invitan a dialogar, discutir y construir a partir de ellas.

Para ello, nuestros análisis se publicarán todos los años, reuniendo las sentencias que a ojos de los y las integrantes del grupo de Justicia Constitucional tengan mayor relevancia, ya sea por el tema que abordan, o por los sujetos y derechos que involucra, o por su impacto en el ordenamiento

constitucional. Sin embargo, hacemos una invitación abierta para que quien quiera participar en esta iniciativa, y contribuya con sus crónicas sobre las sentencias de la Corte.

En esencia, en esta oportunidad encontrarán que el volumen se encuentra dividido por secciones temáticas en las que se clasifican las sentencias reseñadas en clave del tipo de derechos o principios constitucionales sobre los que versan dichas providencias. Y, que, cuando menos, las crónicas de cada sentencia ofrecerán el contexto de la decisión, los argumentos empleados por las partes e intervinientes, una síntesis de la decisión de la Corte y por supuesto, un breve análisis crítico desde la óptica de quien haya escrito la crónica.

En este primer número, empezamos con las sentencias que versan sobre *derechos de libertad, derechos de igualdad y derechos políticos*. Hemos elegido estas tres categorías para esta primera entrega, reconociendo que el año 2021 fue un año en el cual el país atravesó un escenario sin precedentes, que como consecuencia de la situación nacional se reavivó y profundizó la desigualdad y que, en el 2022 como año electoral, los derechos políticos son un tema determinante para el futuro del país.

Así las cosas, en las páginas que siguen encontrarán en primer lugar, cuatro crónicas relacionadas con providencias sobre *derechos de libertad*. Es el caso de la sentencia C-135 del 2021 que trata sobre la libertad de expresión y los límites al régimen de responsabilidad civil extracontractual; la sentencia C-233 del 2021 sobre la eutanasia en Colombia, la sentencia C-282 del 2021 sobre el derecho al *habeas data*, y la sentencia C-294 del 2021 sobre la cadena perpetua para violadores y asesinos de niños, niñas y adolescentes.

En el segundo segmento sobre *derechos de igualdad*, encontrarán las crónicas de la sentencia C-062 del 2021 que versa sobre los derechos de los habitantes de la calle; la sentencia C-102 del 2021 que establece la exención tributaria a todos los dispositivos de higiene menstrual; la sentencia C-116 del 2021 que estudia la vulnerabilidad de los veteranos de guerra; y la sentencia SU-201 de 2021 que analiza y reconoce la existencia de la violencia de género económica.

Por último, en la sección sobre *derechos políticos y democracia*, están las reseñas sobre la sentencia C-302 del 2021 que delimitó el régimen del conflicto de intereses para congresistas; la SU-150 del 2021, que declaró la

constitucionalidad de las curules de paz; y la SU-257 del 2021 que devolvió la personería jurídica al Nuevo Liberalismo.

Vale la pena recalcar que esta selección de once sentencias es apenas una pequeña muestra de las decisiones que en nuestro criterio constituyen un hito jurisprudencial importante en el año 2021. Reconocemos que se trata de una selección ínfima, si tenemos en cuenta que solo en el 2021 la Corte profirió 134 sentencias de Constitucionalidad, 246 sentencias de tutela y 38 sentencias de unificación.

Finalmente, no podemos concluir sin agradecer a la Universidad Externado de Colombia y a quienes contribuyeron con sus crónicas: Magdalena Correa Henao, Floralba Padrón Pardo, María Dolores Mino Buitrón, Mariana Medina Barragán, Michelle M. Paz Glen, María Alejandra Osorio Alvis, Jalil Alejandro Magaldi Serna, Alexei Julio Estrada, Édgar Solano González, Gonzalo Ramírez Cleves, Jorge Ernesto Roa Roa y Juan Carlos Upegui Mejía. Todos y cada uno desde el primer momento apoyaron activamente este proyecto para que viera la luz.

Humberto Antonio Sierra Porto
Paula Robledo Silva
Diego Andrés González Medina

DERECHOS DE LIBERTAD

JUAN CARLOS UPEGUI MEJÍA
MARÍA ALEJANDRA OSORIO ALVIS

C-135 de 2021
(Libertad de expresión)

LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LÍMITES AL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS CAUSADOS EN SU EJERCICIO

1. EL OBJETO

En la sentencia C-135 de 2021 la Corte Constitucional, con ponencia de Gloria Stella Ortiz, declaró la inexequibilidad de los artículos 55 y 56 de la ley 29 de 1944, que establecían la presunción de culpa en el régimen especial de responsabilidad civil extracontractual de la actividad periodística. Según la Corte, esta presunción imponía una carga probatoria desproporcionada para el difusor de la información que afectaba la libertad de expresión, en sentido amplio, por desconocer la inviolabilidad del secreto profesional (la reserva de las fuentes) y fungir como un incentivo a la autocensura.

El artículo 55 de la Ley 29 de 1944, "por la cual se dictan disposiciones sobre prensa" establecía lo siguiente: "Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores, todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa".

2. LA DEMANDA

Para los demandantes esta disposición, al presumir la culpa y trasladar la carga de la prueba a quien se expresa, desconocía la libertad de expresión, en sentido amplio, por varias razones efectivas, que podríamos resumir en cuatro: a) por desconocer la prohibición de censura, pues el régimen de presunción de culpa, al elevar la carga probatoria del emisor y al aumentar la probabilidad de condenas civiles en caso de no desvirtuarse, favorece la autocensura y limita la circulación de ideas; b) por desconocer la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, como el buen nombre o el honor; c) por desconocer la inviolabilidad del secreto profesional de los periodistas y la reserva de la fuente; y finalmente d) por desconocer los estándares interamericanos sobre libertad de expresión, en especial, porque la norma propicia(ba) un efecto inhibidor e intimidante para el ejercicio de

la libertad de expresión, ante la posibilidad de responsabilidades ulteriores "desmedidas".

3. LAS INTERVENCIONES Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el proceso se presentaron doce intervenciones. A favor de la exequibilidad, los intervinientes argumentaron que: el régimen especial de responsabilidad civil extracontractual por la actividad periodística con presunción de culpa, era una concreción del mandato de responsabilidad en el ejercicio de la libertad de prensa. A favor de la inexequibilidad los intervinientes argumentaron que el estándar de culpa profesional afectaba la libertad de prensa y la reserva de la fuente, pero además desincentivaba la acción ciudadana y el flujo informativo en la sociedad. También advirtieron que dicho régimen de responsabilidad civil, como estaba concebido, podría extenderse a los intermediarios de Internet y a cualquier persona, independientemente de su calidad de periodistas. Finalmente, algunos intervinientes invitaron a la Corte a tener en cuenta el contexto regional de persecución a periodistas y emisores de información, mediante sanciones ulteriores desmedidas o acoso judicial.

Por su parte, el procurador general de la Nación solicitó sentencia inhibitoria; en su entender, con la expedición de los artículos 94 a 99 de la Ley 599 de 2000 "*Por la cual se expide el Código Penal*", había operado la "derogatoria orgánica" de la norma. Para el Ministerio Público la norma objeto de control perseguía regular la responsabilidad civil por actos del periodismo derivados de daños causados por conductas de injuria y calumnia, ya reguladas en el código penal. Apoyó su dicho en lo afirmado en la sentencia C-427 de 1997, en donde se indicó que los artículos 41 y 42 de la Ley 29 de 1944, en efecto, habían sido derogados con la expedición del Código Penal.

4. LAS CUESTIONES PREVIAS AL PRONUNCIAMIENTO DE FONDO

La Corte afirmó su competencia para un pronunciamiento de fondo. Para la Corte era claro que la "Ley de Prensa", contentiva de la norma demandada,

contemplaba tres regímenes de responsabilidad diferentes: sancionatorio de medios de comunicación y directores; penal, por injuria y calumnia; y civil, por daños. El caso del artículo 55, era uno típico de responsabilidad civil y, en todo caso, independiente del que puede originarse con la comisión de los delitos de injuria y calumnia.

De otra parte, antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto y como una particular "cuestión previa", la Corte optó por ilustrar el caso con referencias al "contexto social y jurídico de la norma". La Ley 29 de 1944 se expidió, indica la Corte, a partir de un episodio conocido en la historia de Colombia como "El cuartelazo" o el "Golpe de Pasto". Un intento de golpe de Estado contra el entonces presidente de la República, Alfonso López Pumarejo, sucedido en la mencionada ciudad en el año 1944 y que llevó al gobierno de entonces a declarar el estado de sitio. El incidente estuvo precedido por el ejercicio militante de la libertad de expresión en el periódico El Siglo, dirigido entonces por el líder conservador Laureano Gómez; y, por el incidente de la muerte del director del periódico La Voz del Pueblo, el también opositor, Francisco Pérez, conocido como "Mamatoco".

En este contexto, y al amparo de la Constitución de 1886, refiere la Corte, fue que se expidió de la Ley 29 de 1944, conocida también como "Ley de Prensa" o "Ley López". El artículo 42 del texto constitucional vigente para la época, habilitaba las restricciones a la libertad de prensa en tiempos de guerra, y establecía que la prensa, sería "responsable", en todo caso, con arreglo a las leyes, cuando atente a la honra de las personas, al orden social o la tranquilidad pública. Asimismo, el literal K de las disposiciones transitorias constitucionales, disponía que: "mientras no se expida la ley de imprenta" el Gobierno quedaba "facultado para prevenir y reprimir los abusos de la prensa".

El entonces ministro de gobierno, Alberto Lleras Camargo, en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Prensa, retomó lo ya dicho en el Decreto Legislativo 1900 de 1944, con el que se buscaba un propósito similar: "Nadie cree que se limite su libertad personal porque no pueda delinquir sin sanción. No puede ser distinto el caso de la prensa, porque esa nobilísima ocupación no da fuero para cometer delitos, ni lo necesita quien tenga la determinación de no servirse de la imprenta para agraviar la sociedad en la que vive […]. El país cree que no hay leyes, ni buenas ni malas, sobre prensa, y que la honra de las gentes está totalmente

desamparada". A partir de esta legislación, Lleras fungiría como el "restaurador" del principio "prensa libre pero responsable".

Finalmente, antes de entrar al estudio de fondo, la Corte efectuó una integración normativa de la disposición demandada (artículo 55) con la del artículo 56 de la misma Ley 29 de 1944, que hacía una remisión expresa al artículo demandado. En efecto, el artículo 56 prescribía que la acción civil extracontractual regulada en el artículo 55, podía adelantarse "independientemente de la acción penal". Con el fin de garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico, la Corte decide pronunciarse en conjunto sobre las disposiciones de los artículos 55 y 56 de la mentada ley.

5. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Finalmente, la Corte dice circunscribir su análisis, en lo pertinente, a los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿La carga probatoria derivada de la norma acusada vulnera la protección especial de la prensa y la reserva de la fuente, establecidos en los artículos 73 y 74 de la Constitución?

2. ¿La norma demandada limita las libertades de expresión y de prensa de forma desproporcionada, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución y su desarrollo jurisprudencial, con fundamento en los artículos 13 de la Convención ADH y 19 del Pacto IDCP?

6. EL CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

Para resolver estos problemas jurídicos, la Corte reitera su jurisprudencia sobre el contenido y los límites de la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de prensa. Para la Corte, la estrecha relación entre libertad de expresión y sistema democrático implica un alto grado de protección de dicha libertad y con ello, i) una delimitación del marco de limitaciones admisibles a la libertad de expresión; ii) la presunción de cobertura de toda expresión y la prohibición de censura, iii) la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o principios constitucionales y iv) la sospecha de inconstitucionalidad de las medidas que limiten este derecho.

6.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN SENTIDO AMPLIO

En relación con el contenido del derecho a la libertad de expresión en "sentido amplio", la Corte reitera los siguientes estándares: "i) un mayor margen de tolerancia ante los riesgos derivados del ejercicio de la libertad de expresión; ii) la presunción de cobertura de las expresiones por el ámbito de protección de este derecho; iii) la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o principios constitucionales; y iv) la sospecha de inconstitucionalidad de las medidas que limitan el derecho a la libertad de expresión". (consid. 52)

6.2. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

En relación con la libertad de información, la Corte reitera que su objeto de protección "es la información, su flujo, veracidad e imparcialidad", por lo que el emisor debe adelantar un esfuerzo razonable en distinguir informaciones de opiniones. Cuando el ejercicio de esta libertad tiene un propósito noticioso o investigativo, indica, "se encuentra delimitada por los criterios de veracidad e imparcialidad [...] parámetros que protegen derechos que pueden entrar en conflicto [como] la honra y buen nombre de las personas". Para la Corte, la veracidad implica que el emisor de la información obre con "suficiente diligencia al realizar un esfuerzo serio para constatar las fuentes consultadas". Mientras que la imparcialidad exige que la información sea divulgada de "manera completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados". (consid. 55)

6.3. LA LIBERTAD DE PRENSA

En relación con la libertad de prensa la Corte reitera el carácter basilar de la inviolabilidad del secreto profesional y su garantía: la reserva de la fuente, e insiste en el principio de responsabilidad social. Para la Corte la reserva de la fuente protege "dos bienes jurídicos independientes. De un lado, [...] procura la integridad personal de las fuentes humanas que otorgan información a los periodistas, y la confianza que se deposita en estos. De otro, protege a los periodistas y al ejercicio intrínseco de su

actividad". Esta garantía, salvaguarda "la facultad del comunicador de negarse a revelar, en general, todos los documentos que componen el material de sus actividades periodísticas". (consid. 59)

Frente al principio de "responsabilidad social" al que está constitucionalmente sujeto el ejercicio de la libertad de prensa, la Corte reitera sus limitaciones en los derechos de los demás y la "prevalencia del interés general", por lo que insiste en su carácter "no absoluto". Concluye la Corte que el ejercicio responsable de la libertad de prensa se concreta en tres estándares: "i) veracidad e imparcialidad; ii) distinción entre informaciones y opiniones; y iii) garantía del derecho de rectificación". (consid. 65)

Sobre este punto, central en la resolución del caso, la Corte reitera la regla de la debida diligencia en el ejercicio de la actividad periodística, caracterizada por las exigencias constitucionales de veracidad e imparcialidad. Del mandato constitucional de veracidad se desprende el deber de quien ejerce la libertad de información de verificar razonablemente los hechos objeto de divulgación. En este punto, la Corte retoma elementos de la *lex artis* periodística: el deber de "constatar y contrastar las fuentes consultadas"; la prohibición de actuar con "ánimo expreso de presentar hechos falsos como ciertos"; y la prohibición de obrar con "la intención directa y maliciosa de perjudicar los derechos de terceros". Asimismo, frente al mandato constitucional de imparcialidad, reitera que la información debe ser divulgada de forma "completa, impidiendo que se registren y divulguen datos parciales, incompletos o fraccionados".

6.4. RESPONSABILIDAD ULTERIOR Y AUTOCENSURA

Al reiterar su jurisprudencia en torno a la censura, la responsabilidad ulterior y la responsabilidad social, la Corte retoma la tesis según la cual "existen recursos de sanción judicial posterior que, por la severidad y naturaleza intimidatoria de los mismos, conllevan a la autocensura". Y precisa su entendimiento de la doctrina del "efecto paralizador" defendido por otras cortes nacionales y por tribunales internacionales. Para la Corte: "[e]l "efecto paralizador" ocurre cuando, en el ejercicio periodístico, un medio de comunicación o persona se disuade de emitir determinada información, en razón de las posibles consecuencias civiles o penales de carácter desproporcionado que le pueden ser impuestas". Todo lo cual puede llevar a que

se incurra "en autocensura, al considerar que, aun cuando la información sea cierta, adquirida y emitida de buena fe, un eventual proceso judicial puede imponer cargas o sanciones que la persona no está en capacidad o disposición de soportar". (consid. 71)

7. DEFINICIÓN DEL RÉGIMEN PROBATORIO: LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN DEL LEGISLADOR

La Corte reafirma la amplia facultad de configuración normativa del legislador en materia procesal, solo "limitada por la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, en relación con las garantías que conforman el derecho al debido proceso". Para la Corte, si bien el principio general en materia probatoria es el de que "quien alega, prueba", existen algunas "excepciones" con el fin de evitar la asimetría procesal entre las partes [a saber:] las presunciones legales de culpa y la carga dinámica de la prueba. (consid. 90)

Para la Corte, en el caso del régimen probatorio en el proceso de responsabilidad civil extracontractual, la presunción legal y la carga dinámica de la prueba son una configuración excepcional. La presunción legal busca invertir la carga de la prueba con el fin de reasignarla a la persona que se encuentra en mejor posición para demostrar los hechos "con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y proteger ciertos bienes jurídicos". Por otra, la carga dinámica de la prueba busca un mecanismo flexible en el cual se aplique la regla de "quien puede, debe probar".

8. LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Una vez explícitos los elementos del parámetro de control, la Sala opta por emplear la metodología del juicio de proporcionalidad, al advertir que la norma demandada, en tanto invierte la carga de la prueba bajo la figura de la presunción de culpa de quien "difunde el pensamiento", supone una intervención en la libertad de expresión en sentido lato y en la libertad de prensa. A partir de la "sospecha de inconstitucionalidad" de toda medida que interfiere en el alcance de dichas libertades, la Corte despliega un test de proporcionalidad estricto.

Para la Corte la medida persigue "un fin constitucionalmente imperioso" en tanto busca proteger los derechos a la honra y al buen nombre que puedan verse afectados por la "difusión del pensamiento". Igualmente, estima que la figura materializa la "responsabilidad social" de los periodistas. Según el deber de debida diligencia y las particularidades del oficio, se entiende que los periodistas están en mejores condiciones para demostrar su sujeción a los estándares de veracidad e imparcialidad. Sin embargo, en este punto, la Corte advierte que "la demostración de la debida diligencia colisiona con la protección de la reserva de la fuente". (consid. 109)

Para la Corte "es inevitable concluir que, [el periodista o medio de comunicación] para demostrar que contrastó sus fuentes, y desarrolló un ejercicio razonable de investigación […] deberá exhibir cuál fue, en la práctica, el proceso que surtió para arribar a la información que emitió. Es decir, señalar cuales (sic) fueron sus fuentes iniciales y los archivos, audios o demás elementos conforme a los cuales pudo realizar el ejercicio de contraste". (consid. 111)

Sin embargo, según la Corte, la existencia de esta "intervención" en la garantía de la reserva de la fuente no es suficiente para agotar el test, es necesario aún determinar si la "afectación es ilícita", previo a lo cual, expone el análisis de idoneidad de la medida sobre las demás personas que "difunden el pensamiento" a través de medios de comunicación. Según la Corte "aplicar la carga de desvirtuar la culpa a los particulares que se manifiestan en las plataformas de intermediación [de Internet], puede generar intimidación, ante el miedo a un virtual proceso de responsabilidad civil". Para la Corte:

> "la norma se fundamenta en medios prohibidos como instrumento para obtener el fin pretendido. Tanto en su aplicación a periodistas y medios de comunicación, como a particulares, constituye un mecanismo de autocensura que causa un efecto paralizador en el flujo informativo. Esta, se encuentra prohibida de forma expresa por el artículo 20 de la Constitución". (consid. 114)

Adicionalmente, esta norma, estima la Corte "crea un incentivo para los denominados pleitos estratégicos contra la participación pública, en los que se emplean los recursos jurisdiccionales de carácter civil como

mecanismo de intimidación" (consid. 115). Situación que guarda relación con el "contexto social y jurídico" en el que se expidió la Ley 29 de 1944.

Por último, al analizar la necesidad de la medida, esto es, si la misma podía ser reemplazada por una menos restrictiva, la Corte advierte la existencia de mecanismos menos lesivos de la libertad de expresión. En particular, la Sala encuentra que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, el juez podrá acudir a la figura de la "carga dinámica de la prueba", como "sistema de distribución de la carga en la demostración de la culpa" o de la diligencia. Por lo que la norma demandada "no resulta necesaria en una sociedad democrática".

Por todo lo anterior, la Corte considera que, la exigencia que invierte la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil extracontractual ligados al ejercicio de la libertad de expresión, es desproporcionada; y, por tanto, decide declarar la inexequibilidad de los artículos 55 y 56 de la ley 29 de 1944.

9. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

Cuatro aspectos: a) el lugar de este fallo en la tradición jurisprudencial sobre libertad de expresión de la Corte Constitucional; b) la (sutil) sensibilidad de la Corte frente a los elementos del contexto; c) el carácter formal (superfluo) del juicio de proporcionalidad en este caso; y d) las implicaciones del fallo para el régimen de la responsabilidad civil extracontractual por ejercicio de la libertad de expresión.

9.1. FALLO Y TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

Esta sentencia se enlista en las especies de la mejor tradición constitucional colombiana en materia de libertad de expresión. Esto es evidente en el resultado: la inexequibilidad del régimen de inversión de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil extracontractual contra quienes divulgan su pensamiento; pero lo es también tras una revisión somera de los precedentes que la soportan.

Merecen mención especial dos de estos precedentes, por su relevancia en la construcción del régimen jurídico de la libertad de expresión en Colombia. El primero relacionado con la reserva de la fuente (Sentencia

T-594 de 2017) y el segundo relacionado con los mecanismos de control para limitar la libertad de expresión (Sentencia C-650 de 2003).

En relación con la figura de la reserva de la fuente destacamos la Sentencia T-594 de 2017 (MP. Carlos Bernal Pulido) (Investigación del canal RCN Televisión y documental sobre la denuncia por la muerte de una paciente de cirugía plástica, solicitud de acceso a las fuentes). En este caso, la Corte, al interpretar el artículo 74 constitucional, sobre la inviolabilidad del secreto profesional, precisa que la noción "reserva de la fuente" es, en términos constitucionales, "más técnica" y más rica en tanto "abarca de forma más comprehensiva aquellos elementos de la libertad e independencia periodística que se buscan proteger".

Para la Corte la reserva de la fuente es un "derecho" que les permite a los periodistas guardar "reserva, secreto o sigilo sobre: i) la existencia de una determinada información, ii) su contenido, iii) el origen o la fuente de la misma y iv) la manera como [se] obtuvo dicha información". Es, en sus palabras, "una garantía fundamental y necesaria para proteger la independencia del periodista, y para que pueda ejercer la profesión y satisfacer el derecho a la información, sin que existan limitaciones indirectas ni amenazas que inhiban la difusión de datos relevantes para el público". (Sentencia T-594 de 2017, consid. 35)

Se trata de un "derecho fundamental que salvaguarda la facultad del comunicador de negarse a revelar, en general, todos los documentos que componen el material de sus actividades periodísticas (entrevistas, apuntes, escritos, archivos, fichas, videos, audios, etc.), sin la cual, el libre ejercicio de su profesión y, más importante aún, la libertad de informar, se tornarían nugatorios. La reserva de las fuentes periodísticas protege, para decirlo todo, […] [el] derecho a transmitir la información sin obstáculos, intromisiones o invasiones insoportables que tornen imposible o hagan inviable su trascendental labor". (Sentencia T-594 de 2017, consid. 37)

Esta sentencia es central para la construcción de la *ratio decidendi* de la Sentencia C-135 de 2021 que ahora comentamos. Es bajo esta comprensión "abarcadora" de la noción técnica "reserva de la fuente", entendida ahora como un "derecho fundamental" a título propio, y como una manifestación específica y más rica de la "inviolabilidad del secreto profesional" en el contexto del traslape conceptual de los derechos a la libertad de expresión en sentido lato, y de la libertad de prensa en sentido estricto, que puede la

Corte Constitucional, en la Sentencia C-135 de 2021, extender su alcance al ejercicio de la libertad de expresión en general.

Esto es posible, también, porque la Sentencia T-594 de 2017, se apoya, entre otras, en las sentencias T-003 de 2011 (MP. Mauricio González) (publicación en el diario La Chiva de Urabá sobre la captura de políticos regionales por vínculos con el paramilitarismo) y T-298 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas) (Caso de publicación en el Diario El Huila sobre posible corrupción en el hospital departamental que afecta a un político de la región).

Por otra parte, en relación con la doctrina de los mecanismos de control (que constituyen formas de censura) para la limitación de la libertad de expresión, destacamos la Sentencia C-650 de 2003 (MP Manuel José Cepeda) (Objeciones presidenciales a proyecto de ley sobre reglamentación del ejercicio profesional del periodismo).

En este caso, la Corte al interpretar la prohibición de censura del artículo 20 constitucional, elabora con un nivel asombroso de detalle una minuciosa tipología de diferentes mecanismos de control previo a la difusión del pensamiento (sobre los medios, sobre el contenido de la información, sobre el acceso a la información y sobre los periodistas). En la Sentencia C-135 de 2021, que comentamos, la Corte abreva en esta exposición doctrinal, en especial, en aquella que la Corte de 2003 estima como la "cuarta" forma de control previo: la que se efectúa sobre el contenido de la información. Según la Corte, se trata de "controles administrativos o judiciales posteriores tan severos e invasivos de la libertad que tienen claramente el efecto de provocar la autocensura y la creación de mecanismos internos de revisión previa para evitar que tales controles externos sean dirigidos en contra del medio correspondiente. Es lo que se denomina el efecto de paralización de la información". (Sentencia C-650 de 2003, consid. 4.1.1.2.2. *Control previo del contenido de la información)*

Es innegable la influencia de esta doctrina en la *ratio decidendi* de la Sentencia C-135 de 2021. Los cargos de la demanda estaban orientados a cuestionar la función, el efecto real en la sociedad, de la inversión de la carga de la prueba en los procesos de responsabilidad civil extracontractual por la divulgación del pensamiento. La Corte toma este camino. El análisis de los posibles efectos sociales, la real e inminente posibilidad de la autocensura, se estructura a partir de la doctrina de los controles

previos al contenido de la información. La expresión "efecto paralizante", el *chilling effect*, del que se habla en la doctrina norteamericana, será un elemento determinante para decidir la inexequibilidad de los artículos 55 y 56 de la "Ley de prensa". Este es un caso en el cual la Corte avanza en la comprensión y en el alcance de la prohibición de la censura, para cuestionar la censura previa, la censura posterior (responsabilidades ulteriores) desproporcionada; y, sobre todo, la autocensura.

9.2. LA SENSIBILIDAD AL CONTEXTO

La aplicación de la doctrina de los controles previos apelando a la figura de la autocensura denota también una particular sensibilidad de la Corte Constitucional por valorar los elementos del contexto social y normativo. Los de hoy, bajo la vigencia de la Constitución de 1991, el funcionamiento de Internet y las renovadas (y siempre presentes) amenazas a la libre circulación de ideas; pero, también los de ayer. Esta particularidad de la sentencia es evidente al evocar, como cuestión previa al estudio de fondo, el llamado "contexto social y normativo" en el que se aprobó la Ley 29 de 1944, el cuartelazo de Pasto, el homicidio de "Mamatoco" y el activismo de Laureano Gómez en El Siglo, al cuestionar al gobierno de turno. Rescatar la orientación y el contexto de la expedición de la "Ley de Prensa", le permite a la Corte poner como telón de fondo las motivaciones de la Ley y discutir el orden de prioridades de entonces, Constitución de 1886 incluida; en donde la tranquilidad pública parecía entenderse como la tranquilidad del gobierno de turno, y los derechos ligados al honor y a la reputación tenían prelación sobre la libertad de expresión.

Pero la Corte no solo recupera esos datos que no por anecdóticos dejan de ser reveladores. La Corte tiene sus miras en el presente y en el inmediato porvenir y, es por ello que, no es gratuita la mención a la transformación en los "medios para divulgar el pensamiento" que ahora permite Internet. Ámbitos en el que la complejidad de actores y de plataformas, y la facilidad con la que todos, no solo los periodistas, pueden difundir su pensamiento y logran colocar sus ideas en los ricos torrentes de la opinión pública. Frente a esta nueva realidad, la Corte ensancha su análisis para incluir la libertad de expresión en sentido lato, y no solo la ligada al ejercicio profesional del periodismo. Para la Corte, "[l]as plataformas de internet generan una

difusión masiva y automática del contenido compartido en estas, por lo que constituyen un "medio eficaz para divulgar el pensamiento". Los debates de control ciudadano e iniciativa social se dan, en ocasiones, en dichas plataformas. […] aplicar la carga de desvirtuar la culpa a los particulares que se manifiestan en las plataformas de intermediación, puede generar intimidación, ante el miedo a un virtual proceso de responsabilidad civil". (consid. 113)

Como tampoco será gratuita la mención, sin decirlo en estos términos, a los riesgos advertidos por los intervinientes relacionados con las prácticas de acoso judicial con el fin de silenciar los debates de interés público. La Corte toma nota e incorpora este argumento como un elemento del contexto social que resulta determinante; ello es evidente con la mención al derecho comparado y al uso de la responsabilidad extracontractual "como un mecanismo de Pleito Estratégico Contra la Participación Pública" (consid. 80). El argumento sobre estos riesgos es retomado en la construcción de la *ratio decidendi* del caso sobre la autocensura como un mecanismo indirecto de control a la divulgación de la información. Para la Corte "la disposición de una presunción legal de culpa sobre los particulares que comparten contenido en las plataformas de internet crea un incentivo para los denominados pleitos estratégicos contra la participación pública, en los que se emplean los recursos jurisdiccionales de carácter civil como mecanismo de intimidación. Estos pleitos son iniciados para silenciar críticas mediante el gasto de altas sumas de dinero en representación judicial". (consid. 115)

9.3. EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UNA FORMALIDAD

En este caso la Corte tiene dificultades para atenerse a la ortodoxia del juicio de proporcionalidad; esto es evidente al menos en dos momentos. Primero, por la dificultad de identificar los derechos en colisión. La Corte tiene dificultades para precisar si la libertad intervenida es la libertad de expresión en sentido amplio, la libertad de información, la libertad de prensa o el novedoso derecho de la reserva de las fuentes, o todos juntos. Hay, a lo largo de la resolución del caso, una ambigüedad que hace difícil mantener un discurso técnicamente riguroso y así poder saber, específicamente, cuáles son los "derechos o los principios en colisión".

Segundo, por la inclusión de un criterio en principio extraño al juicio de proporcionalidad: el relacionado con una supuesta "licitud" de la medida de "intervención" en el derecho a la libertad de expresión, mientras dice al mismo tiempo adelantar el análisis de idoneidad. Tal y como se advierte en el acápite, en itálicas, de la consideración 108 "Análisis de conducencia y licitud de la medida normativa aplicada a periodistas y medios de comunicación", y de la consideración 113 "Análisis de idoneidad y licitud de la medida normativa aplicada a particulares".

El análisis de la idoneidad de una medida que interfiere en el objeto de protección de un derecho fundamental supone un estudio de medios afines. Esto es, determinar si la medida que interviene el derecho, tiene la virtud de realizar el fin constitucionalmente perseguido. En este caso, si la inversión de la carga de la prueba, tiene (tenía) la virtud de proteger los derechos a la honra y al buen nombre. No se entiende cómo la Corte incluye esta extraña variante del juicio de idoneidad, para cuestionar la "licitud" de la medida de inversión de la carga de la prueba prevista en una norma contenida en una Ley de la República con cerca de ochenta (80) años de vigencia. ¿Cómo entender la expresión licitud en este contexto?

El juicio de proporcionalidad funge aquí como un cascarón, como un formulario, como una receta que la Corte intenta seguir con aparente sofisticación "escrutinio estricto", "análisis de idoneidad", "análisis de necesidad". En realidad, lo que verdaderamente hace la Corte es expresar el contenido protegido de la libertad de expresión: la prohibición de medidas que favorezcan la autocensura y la inviolabilidad de la reserva de las fuentes. A este resultado podía llegar sin necesidad de apelar al juicio de proporcionalidad. La ratio del caso se basa en que la norma demandada desconoce estos contenidos, vulnera directamente la Constitución. Quizá aquí haya alguna pista para explicar por qué la Corte decide "inventarse" este extraño "juicio de licitud", mientras dice adelantar el "juicio de idoneidad" de la medida.

La razón para la inconstitucionalidad de la norma demandada yace en una predefinición de los complejos contenidos normativos de las libertades afectadas. Primero, de la libertad de expresión en sentido lato, de la que se desprende la prohibición constitucional de adoptar medidas normativas que limiten la difusión del pensamiento por la vía de la autocensura. Y segundo, de la libertad de prensa, de la que se desprende el carácter inviolable

¿absoluto? de la reserva de las fuentes. Es en la doctrina constitucional, en los precedentes de la propia Corte Constitucional, donde están estos contenidos. No son el producto de un sesudo juicio de proporcionalidad.

9.4. IMPLICACIONES PARA LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Por último, este fallo impone grandes retos para los jueces civiles: armonizar el régimen de acreditación de la culpa profesional del agente, con el contenido y las garantías específicas de la libertad de prensa.

Si bien, por regla general, el régimen de culpa del profesional implica una mayor carga probatoria, precisamente por la especialidad del profesional, el juez civil deberá tener en cuenta: primero, que no todo ejercicio de la libertad de prensa supone el ejercicio profesional del periodismo y, segundo, que el régimen de culpa profesional del periodista no puede desconocer la inviolabilidad de la reserva de la fuente.

En este sentido, para probar la culpa por actos del periodismo; es decir, para probar el incumplimiento de los deberes de veracidad e imparcialidad, el juez deberá acudir a la regla de culpa probada y de forma excepcional a la inversión de la carga de la prueba. Sobre este último punto, resulta difícil pensar una asignación flexible frente al supuesto de "quien puede, debe probar"; en especial, una asignación flexible que no interfiera con el secreto profesional o con la reserva de las fuentes. Si este era un efecto previsible, la Corte Constitucional debió ofrecer criterios constitucionales para la interpretación de los conceptos de mayor facilidad de probar y capacidad técnica de las partes en el marco de la difusión de información.

La acreditación de la culpa, no sobra recordarlo, es apenas uno de los elementos para configurar la responsabilidad civil extracontractual. Para imponer el deber de indemnizar el daño derivado de la afectación a los derechos a la honra y al buen nombre, o a cualquier otro derecho, como producto de la "divulgación del pensamiento", deberán también probarse el nexo de causalidad y el daño antijurídico. Estas dificultades, redundan en últimas, en apuntalar la regla de la primacía de la libertad de expresión en los regímenes democráticos. En últimas, terminan por favorecer la composición de los conflictos, ligados al ejercicio de la libertad de expresión, por vías diferentes a la de la responsabilidad civil extracontractual.

JALIL ALEJANDRO MAGALDI SERNA

C-233 del 2021 (Eutanasia)

Mediante esta sentencia, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra el delito de homicidio por piedad contenido en el Código Penal. Esta decisión resulta de un alto interés para la comunidad jurídica puesto que, no solo se vuelve a abrir un debate en cuanto a los elementos justificativos de exclusión de responsabilidad penal de la eutanasia, sino que además contiene unos problemas jurídicos accesorios que son especialmente relevantes en el desarrollo de la justicia constitucional colombiana como lo es: la reapertura de la cosa juzgada.

En efecto, la pretensión principal de la demanda era cuestionar el condicionamiento de haber sido diagnosticado en fase terminal de una enfermedad, para poder acceder al derecho a morir con dignidad. Este elemento no se encontraba explícitamente en la disposición controlada, sino que era una consecuencia de la sentencia C-239 de 1997.

1. CONTEXTO

Por esta razón, para comprender mejor este control de constitucionalidad, debemos comenzar por analizar el contexto evolutivo del asunto. Para ello, partiremos por indicar explícitamente la norma controlada (1), para en seguida referirnos a lo decidido por la sentencia C-239 de 1997 (2). A partir de esto, podremos comprender la evolución jurisprudencial de la protección al derecho a morir con dignidad (3). Todo lo anterior en aras de analizar mejor esta decisión.

1.1. LA NORMA CONTROLADA

Mediante una acción pública de inconstitucionalidad, un par de ciudadanos demandaron el artículo 106 de la ley 599 de 2000[1], norma que establece el tipo penal de homicidio por piedad, de la siguiente manera:

> ***ARTÍCULO 106. HOMICIDIO POR PIEDAD.*** El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o

1 Por medio de la cual se expide el Código Penal.

enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

1.2. LA SENTENCIA C-239 DE 1997[2]

En la sentencia C-239 de 1997 la Corte había declarado la constitucionalidad condicionada del artículo 326 del Código penal de 1980, cuyo supuesto fáctico era exactamente el mismo al de la disposición demanda[3].

Al margen de algunos problemas de congruencia de esa decisión[4], la Corte se enfrentó al problema de determinar: si era constitucionalmente admisible la punición de quien ayudase a una persona que decidiera libremente terminar con su vida para con ello acabar con su sufrimiento proveniente de una enfermedad grave e incurable.

La corte construyó un argumento (*ratio decidendi*) según el cual, si bien es cierto que el Estado debe proteger la salud de las personas y que hay un deber constitucional para que las personas cuiden su salud y su vida, también es cierto que la dignidad humana es el valor supremo del Estado social de derecho (Estado constitucional); por lo cual, el derecho a la vida no implica simplemente el derecho a subsistir sino a vivir en condiciones dignas.

El deber estatal de cuidar la salud y la vida de las personas se debilita si hay informes médicos que demuestren que la persona padece intensos sufrimientos y que morirá en un tiempo relativamente corto; es decir, que esté en una etapa terminal. En este escenario enfrentar la muerte, como proceso de la vida, adquiere una importancia decisiva por lo que el Estado no puede impedir que una persona decida hasta cuándo su vida es acorde con su dignidad y vean en terminarla la vía de desarrollar su ser.

---

2 Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

3 Artículo 326: "**Homicidio por piedad**. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años".

4 En efecto el demandante había basado su argumento en el supuesto normativo de que la disposición permitía un tratamiento más favorable a los grupos de "limpieza social", quienes movidos por algún sentimiento de piedad matasen a personas para poner fin a sus sufrimientos por lesiones o enfermedades graves. El accionante no demandó la limitación que esta disposición establecía para el ejercicio de la eutanasia.

Como este sistema también se basa en el respeto de la libertad y autonomía de las personas para tomar las decisiones más importantes de su vida, es necesario que, para tomar esa decisión la persona tenga la información adecuada de su enfermedad y de las opciones de tratamiento, para que su decisión sea realmente libre.

En seguida, determina que quien debe realizar el procedimiento eutanásico debe ser un profesional en la medicina, pues es este quien tiene los conocimientos para llevarlo a cabo sin que le genere sufrimiento a la persona.

Por último, la Corte exhorta al Congreso para que regule el derecho a morir con dignidad.

1.3. Evolución jurisprudencial en torno a la eutanasia

La Corte, no volvió a pronunciarse acerca de la eutanasia hasta el 2014, año a partir del cual analizó algunos casos en sede de revisión de acciones de tutela, sobre todo en razón a una creciente tendencia a establecer barreras para el ejercicio del derecho. En estas sentencias, se reiteraron los requisitos necesarios para acceder a la eutanasia y, también, se desarrollaron algunos elementos que no se habían considerado en la sentencia C-239 de 1997. Sin entrar a analizar específicamente cada uno de los casos de estas decisiones, veamos esos elementos:

En la sentencia T-970 de 2014[5] la Corte argumentó que el derecho a morir dignamente es autónomo y tiene el carácter de fundamental. También, realizó un desarrollo respecto al elemento del consentimiento, del cual, afirmó que debe ser libre, informado e inequívoco. La primera característica, se refiere a que el consentimiento debe estar exento de presiones por parte de terceros; el segundo requisito implica que los médicos tratantes deben brindar al paciente y a su familia toda la información necesaria que les permita tomar una decisión sobre el ejercicio del derecho a morir dignamente; por último, la tercera característica implica que el consentimiento debe ser consistente y sostenido[6]. Por otro lado, dispuso la creación de

---

5 Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014.

6 La sentencia C-233 de 2021 trae un acápite en el cual se reitera la jurisprudencia que

comités científicos interdisciplinarios para la atención de las solicitudes de eutanasia y determinó las funciones que estos debían cumplir. A manera de comentario crítico, esta sentencia reguló –de manera muy precisa– el término en el que este procedimiento debía llevarse a cabo el morir dignamente. En suma, esta sentencia introdujo o fortaleció los criterios de prevalencia de la autonomía del paciente, celeridad, oportunidad e imparcialidad, los cuales tendrían que guiar el reconocimiento del derecho fundamental a la muerte digna. Finalmente, exhortó al Congreso nuevamente a regular la materia y ordenó al Ministerio de Salud emitir una directriz para que las EPS e IPS pudieran poner en práctica lo establecido en esta decisión.

En 2017 hubo varias sentencias sobre el ejercicio de este derecho. En algunas se profundizó en la necesidad de sobrepasar barreras para ejercer el derecho, mientras que en otras se enfrentó al problema de la capacidad de los menores y el consentimiento sustitutivo.

Por un lado, en la sentencia T-423 de 2017[7], la Corte reforzó la prohibición de imponer barreras de acceso a la muerte digna en los casos en los que las EPS o IPS no tuvieran el Comité Interdisciplinario o cuando retardaban el procedimiento o no ofrecían el suficiente acompañamiento a la persona que lo solicitaba. Además, ordenó una serie de medidas a las entidades implicadas con el fin de evitar que la situación que dio origen al pronunciamiento se repitiera. También, ordenó la realización de un acto de desagravio en el que los accionados debían pedir disculpas a la familia, por la prolongación del sufrimiento de la paciente que solicitaba la eutanasia, a raíz de las trabas administrativas impuestas.

En la sentencia T-544 de 2017[8], la Corte se enfrentó a las barreras para que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer su derecho a morir con dignidad. En estas decisiones la Corte determina que los menores tienen también la capacidad de tomar esta decisión en la medida en que su madurez intelectual y emocional les permitiera discernir de la importancia e irreversibilidad de la decisión. Adicionalmente, se comienza a enfrentar

---

ha emitido la Corte Constitucional al respecto. Estos requisitos fueron extraídos del análisis que realiza la Corte en aquel apartado.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-423 de 2017.

8 Corte Constitucional. Sentencia T-544 de 2017.

al problema del consentimiento sustitutivo, permitiendo que este fuese posible, pero exigiendo mayor rigurosidad en la determinación de las condiciones que dan lugar a la muerte digna.

En otras decisiones como la T-132 de 2016[9], la T-322 de 2017[10](2), la Corte se enfrentó a problemas fácticos de las condiciones de ejercicio del derecho a la muerte digna. A pesar de tratarse de personas con enfermedades graves, estas no estaban en fase terminal y su decisión obedecía más a los contextos de exclusión, aislamiento y desesperación en los que vivían. En estas decisiones la Corte no concede el derecho a la muerte digna, pero se enfrenta a factores sociales que podrían hacer considerar a una persona que su vida carecería de dignidad.

Por último, en la sentencia T-721 de 2017[11] y luego en la T-060 de 2020[12] se resolvieron dos casos en los que las condiciones médicas de las personas imposibilitaban alguna manifestación de su voluntad y, a pesar de padecer una enfermedad degenerativa, irreversible y crónica, no había un diagnóstico de fase terminal. En estos casos, de suma gravedad, la Corte concedió el derecho a la muerte digna exigiendo así que se regulara el consentimiento sustituto y que se entendiera que la eutanasia no es fruto del simple cumplimiento de sus condiciones, sino el desarrollo de las condiciones dignas de vida de las personas.

En todas estas decisiones se ratificó el exhorto al Congreso para que regulara la materia bajo las particularidades que poco a poco se fueron sumando al argumento inicial. Sin embargo, esta regulación congresional no ha visto la luz. A pesar de ello, al condenar la inacción de las autoridades públicas, estas sentencias han tenido un impacto importante en la adopción de actos administrativos que han regulado la materia. La orden de la sentencia T-970 de 2014 desencadenó en la Resolución 1216 de 2015, en la que se reguló el procedimiento para acceder a la muerte digna de personas adultas con la rigurosidad exigida para el consentimiento del paciente. La sentencia T-544 de 2017 originó la Resolución 825 de 2018,

---

9 Corte Constitucional. Sentencia T-132 de 2016.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-322 de 2017.

11 Corte Constitucional. Sentencia T-721 de 2017.

12 Corte Constitucional. Sentencia T-060 de 2020.

que regula el acceso de los menores a estos servicios. La sentencia T-423 de 2017 implicó que el Ministerio y la Superintendencia de salud tomaran medidas para asegurar que el servicio se preste en lugares en los que los servicios de salud son precarios. Finalmente, la sentencia T-721 de 2017 conllevó a la expedición de la Resolución 2665 de 2018, que regula los *documentos de voluntad anticipada*.

Todos estos casos judiciales que, han impulsado el contenido del derecho y la toma de decisiones gubernativas, así como la existencia de otros casos noticiosos en los que se va ampliando la discusión al respecto, determinan el contexto en el cual se produce la toma de esta importante decisión.

2. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Los demandantes dirigieron sus argumentos específicamente contra el requisito de que la enfermedad se encontrara en estado terminal para poder ejercer el derecho a la muerte digna. Expusieron los siguientes argumentos:

1. El requisito excluye a las personas que padecen enfermedades o lesiones corporales graves e incurables, cuya situación de salud es extrema pero que no puede considerarse como terminal. Esta exclusión va en contra de los derechos a la integridad y al no sometimiento a tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

2. La condición demandada viola el derecho a la igualdad, porque no se encuentra justificación alguna para sustentar que: la conducta contenida en el artículo demandado se despenalice frente a personas que padezcan una enfermedad en fase terminal, y no se despenalice frente a personas que sufren las mismas dolencias, pero que no están en fase terminal.

3. La norma viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad puesto que, si bien, el ordenamiento jurídico colombiano establece una especial protección a la vida, esta no puede limitarse a la subsistencia, sino que debe entenderse como la protección de una vida adecuada y en condiciones de dignidad. Afirman los demandantes que la vida no debe considerarse como algo sagrado, desde una perspectiva religiosa, sino que el individuo, por medio de una decisión seria e informada, debe tener la posibilidad de establecer si ya no encuentra condiciones que hagan a la vida deseable o digna de ser vivida.

4. El condicionamiento va en contra del principio de solidaridad social, por medio del cual, se exige al Estado adoptar medidas que busquen la protección de las personas en situación de debilidad manifiesta y, en el caso concreto, que accedan al derecho a una muerte digna. En este sentido, impedir a una persona que considera que su vida ya no es compatible con su dignidad, es un trato cruel y degradante y, además, va en contra del principio de solidaridad.

5. El requisito viola la dignidad humana, la cual, según la Corte Constitucional tiene el carácter de derecho, principio y valor. A su vez, cuenta con tres (3) dimensiones que son:

a) La autonomía o posibilidad de diseñar un plan de vida. Este aspecto se ve violado puesto que "*la verdadera libertad* es "signo del dominio que ejerce el ser humano sobre las eventualidades" de su vida".

b) El acceso a condiciones mínimas para un buen vivir. Los actores consideran que también se viola esta dimensión puesto que, de acuerdo con lo dicho en la sentencia C-239 de 1997, la vida no puede considerarse como algo sagrado, en contravía de la situación en que se encuentra cada individuo y la posición que tiene frente a la vida

c) La integridad moral o el derecho a vivir libre de humillaciones. Esta última dimensión se ve afectada por la norma demandada puesto que impone el deber de continuar con una vida en muy malas condiciones, imposición que va en contra de la voluntad y conciencia de la persona, e incluso, la humilla groseramente.

Más adelante, la Corte explica que, en un principio, la magistrada sustanciadora inadmitió la demanda por no cumplirse los requisitos argumentativos exigidos para estudiar un tema sobre el que opera la cosa juzgada, puesto que ya existía un pronunciamiento al respecto en la sentencia C-239 de 1997. En el escrito de subsanación de la demanda, los accionantes afirmaron que:

1. No existe identidad de objeto puesto que:

a) La norma demandada en la sentencia C-239 de 1997 y la demandada actualmente producen un efecto jurídico distinto ya que esta última determina una pena mayor.

b) Varió el contexto jurídico debido a la emisión de diversas sentencias que, en sede de tutela, abordaron el derecho a morir dignamente; la expedición de distintas resoluciones por parte del Ministerio de Salud; la

expedición de la ley 1733 de 2014, sobre cuidados paliativos y la presentación de diversos proyectos de ley para regular la eutanasia. También, porque existen diversos avances normativos a nivel mundial.

2. No existe identidad de cargos puesto que, en la sentencia de 1997, entre otros argumentos, el accionante alegó que:

a) La norma establecía una licencia para matar en razón a la levedad de la pena ordenada, en comparación con otras formas de homicidio.

b) La norma promovía un tratamiento inferior a la vida de las personas más vulnerables y permitía conductas propias de un Estado fascista, como la mal llamada limpieza social que tendría una pena menos gravosa que la del homicidio simple.

3. En todo caso, el supuesto de aplicación de la eutanasia sobre las personas que padecen sufrimientos intensos que no se derivan de una enfermedad terminal, no se encuentra estudiado por el fallo de 1997.

4. Por último, los demandantes desistieron del cargo relativo al derecho a la igualdad y, por lo tanto, la Corte lo rechazó.

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Para comprender la decisión, partiremos de explicar cuáles fueron los problemas jurídicos resueltos (1). Luego indicaremos cuál fue la decisión tomada (2). Finalmente expondremos en síntesis la línea argumentativa que utilizó la Corte para llegar a esa decisión (3).

3.1. PROBLEMAS JURÍDICOS

En esta decisión, la Corte se enfrentó a tres problemas jurídicos:

a. ¿El cargo de desconocimiento de la solidaridad social cumple con los requisitos de especificidad y suficiencia para iniciar un control de constitucionalidad cuando se refiere en realidad a otro cargo?

b. ¿Puede reabrirse el cuestionamiento a un debate de constitucionalidad de una norma que materialmente ya ha sido objeto de cosa juzgada?

c. ¿Es constitucionalmente admisible que el derecho a morir con dignidad (en sus dimensiones de autonomía –vivir como se quiera– e integridad –vivir sin humillaciones–) esté reservado exclusivamente para quienes tienen una enfermedad en fase terminal?

3.2. DECISIÓN

Dando solución a los cargos propuestos, la Corte Constitucional decide declarar exequible el artículo 106 de la ley 599 de 2000, bajo el entendido de que no se incurre en el delito de homicidio por piedad cuando:

a. La conducta sea llevada a cabo por un médico.

b. La conducta sea realizada con el consentimiento libre e informado, previo o posterior al diagnóstico del paciente.

c. El paciente padezca un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable.

De igual manera, al igual que lo hizo en diversas sentencias incluida la C-239 de 1997, reiteró el exhorto al Congreso de la República para que avance en la protección del derecho fundamental a morir dignamente, con miras a eliminar las barreras aun existentes para el acceso efectivo a dicho derecho.

3.3. ARGUMENTO DE LA DECISIÓN

La Corte comenzó con el problema jurídico del análisis de la aptitud de la demanda (a), para luego referirse al de la cosa juzgada (b); y, finalmente al relativo al estado terminal de la enfermedad como condición para la eutanasia (c).

i. LA APTITUD DEL CARGO POR VIOLACIÓN A LA SOLIDARIDAD SOCIAL

Luego de la correspondiente reiteración de la jurisprudencia en torno a las cargas mínimas de argumentación de las demandas de inconstitucionalidad, la Corte concluye que todos los cargos cumplen con lo requerido para ser estudiados, exceptuando aquellos que hacen referencia a la presunta violación del derecho a la igualdad, que fue desistido y luego rechazado y, al desconocimiento del principio de solidaridad social, el cual no satisfizo las cargas mínimas de especificidad y suficiencia.

Según la Corte, la carga de *especificidad* no se encontró satisfecha porque los demandantes no realizaron una confrontación directa, real, objetiva y verificable entre la norma demandada con la Constitución Política y, por

el contrario, reprodujeron el cargo relacionado con la violación al derecho a la igualdad, del cual, como se ha dicho, desistieron y fue rechazado. Por esta misma situación, el cargo tampoco cumplió con la carga de suficiencia, puesto que los demandantes no demostraron por qué la norma impugnada se oponía a la Constitución, razón que impidió plantearse una duda mínima acerca de la constitucionalidad de la norma.

ii. PROBLEMA RELATIVO A LA COSA JUZGADA

La Corte parte de que el artículo 243 de la Constitución establece que sus fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y que ninguna autoridad puede reproducir el contenido material de las normas declaradas inexequibles. A partir de ello, plantea tres aspectos para determinar si se presenta la cosa juzgada o no: a) identidad de objeto analizado por la corporación, b) identidad del problema jurídico obtenido a partir de los cargos propuestos y c) relación entre la motivación y la decisión de la sentencia.

En el caso concreto, la Corte evidencia que existe cosa juzgada material, puesto que a pesar de que la Corte no se había pronunciado sobre esa disposición sino sobre el artículo 326 del decreto 100 de 1980[13] (cosa juzgada formal), la demanda actual versa sobre un contenido normativo idéntico al de aquel artículo derogado (cosa juzgada material).

Sin embargo, consideró que existen razones para adoptar un nuevo pronunciamiento, pese a la existencia de la cosa juzgada material cuando hay un cambio en el contexto normativo o cuando hay una evolución en el significado de los principios constitucionales relevantes.

En efecto, en cuanto a lo primero argumentó que existe un cambio normativo en el cual se inserta la norma bajo estudio, puesto que:

1. Ley en la cual se encuentra la disposición normativa, cambió el Artículo 326 del Código Penal de 1980 al artículo 106 del Código Penal de 2000.

2. Se expidieron la ley 1733 de 2014, que regula los cuidados paliativos, y diversas leyes que reglamentan temas relacionados con enfermedades catastróficas o ruinosas y la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad, como la ley 972 de 2005 y la ley 1996 de 2019.

---

13 Antiguo Código Penal

3. Se han expedido diversos actos administrativos orientados a regular la aplicación de la eutanasia, como consecuencia de órdenes dadas por jueces de la República y por la falta de regulación legal del tema.

4. En el derecho comparado también se ha presentado un desarrollo profuso del derecho a morir dignamente.

En cuanto a lo segundo, se ha producido un cambio en el significado constitucional del derecho a morir dignamente en razón de la ampliación progresiva del derecho en diferentes decisiones de tutela. Sobre este punto, la Corte afirma que está habilitada para emitir un nuevo pronunciamiento sobre una cuestión ya resuelta cuando existe un cambio de entendimiento de la Constitución, ya sea por modificación de los preceptos constitucionales, por interpretación constitucional o por cambios en la sociedad, lo que se deriva del hecho de que la Constitución es un texto viviente.

Por último, la Corporación considera que el Congreso de la República desconoció el artículo 243 de la Constitución Política, tanto en lo relativo a la cosa juzgada como en la prohibición de reproducir textos de carácter jurídico que hayan sido declarados inconstitucionales por razones de fondo y, en el caso en concreto, que hayan sido declarados exequibles por medio de una sentencia de constitucionalidad condicionada. En efecto, el Congreso de la República reprodujo el texto del artículo 326 del decreto 100 de 1980 en el artículo 106 de la ley 599 de 2000 y, además, aumentó la pena prevista para el que cometa el delito, sin considerar la decisión tomada por la Corte en la sentencia C-239 de 1997, en el sentido de excluir la posibilidad de castigar penalmente el homicidio por piedad cuando concurran los tres requisitos establecidos para tal fin.

iii. problema relativo al requisito de enfermedad en estado terminal[14]

En la transformación del contexto normativo de la eutanasia, la Corte se centra en determinar qué entiende el ordenamiento jurídico por enfermedad

---

14 La Corte resuelve este problema jurídico atacando varios frentes argumentativos, por lo que el argumento puede resultar algo desordenado. Emprenderemos una reconstrucción del argumento central sin seguir el orden de la narrativa de la Corte.

en fase terminal, luego de la sentencia C-239 de 1997. Sin embargo, ella estima que si bien no hay un criterio unívoco para determinar cuándo se entiende una enfermedad en fase terminal, es cierto que varias disposiciones suelen recurrir a la idea de que se presenta esta fase cuando el pronóstico de vida es inferior a seis (6) meses. Sin embargo, la Corporación concluye que los instrumentos normativos analizados, coinciden en que la enfermedad terminal:

1. Debe ser verificada por el médico tratante y confirmada por el comité científico interdisciplinario.

2. Abre al paciente todas las opciones para garantizar su derecho a la muerte digna, como la adecuación de los esfuerzos terapéuticos, los cuidados paliativos y la eutanasia.

3. Los familiares del paciente también deben ser atendidos.

La Corte explica que ha habido un refinamiento en el entendimiento que la jurisprudencia constitucional le ha dado a la dignidad humana. Según este, su entendimiento mínimo se compone de dos aristas:

1. De la primera "se predica el conjunto de características que le son inherentes y comunes a todos los seres humanos y que les otorgan un estatus especial en el mundo. Por definición, su caracterización se contrapone a una visión instrumental de la persona por cuanto es advertida como un valor en sí misma".

2. En la segunda dimensión, la autodeterminación[15] es el elemento fundante para buscar el vivir bien o aspirar a una buena vida. Considera que una persona "es autónoma cuando puede definir las reglas que han de regir su forma de vivir y obrar conforme a ellas".

No considera que sea correcto afirmar que: la protección a la vida de una persona diagnosticada con una enfermedad terminal es más tenue, puesto que las personas que se encuentran en esa condición son sujetos de especial protección y, por lo tanto, se les debe garantizar las demás aristas del derecho a morir dignamente. Por el contrario, el argumento que

---

15 La Corte afirma que la autonomía tiene una triple función en nuestro ordenamiento jurídico: es valor, principio y derecho. Estas precisiones son importantes puesto que, en la sentencia de 1997, la Corte todavía no desarrollaba esta concepción tridimensional de la autonomía como elemento de la dignidad humana.

permite defender la postura a adoptar es el respeto a la persona humana y, específicamente, el respeto a su voluntad y a su capacidad de determinarse en todas las etapas de su vida, en especial, en aquellos en que la persona padece sufrimientos derivados de una condición de salud grave. Por lo tanto, exigir que la persona que desee acceder a la eutanasia padezca una enfermedad terminal, implica una limitación innecesaria para determinar su buen vivir.

En relación con la afectación de la dignidad humana, en su dimensión de integridad física y moral –el vivir bien–, la Corte analiza conceptos de dolor y sufrimiento, pues son importantes para determinar en qué casos ella se está viendo afectada. Por un lado, la intensidad del *dolor*, como padecimiento físico es altamente subjetivo por lo que poner en duda de la existencia o alcance del padecimiento atropella la dignidad y la autonomía de la persona, pues anula o degrada la experiencia del paciente e imposibilita el conocimiento del verdadero grado de dolor que padece. En cuanto al *sufrimiento*, estima que se refiere más a un estado emocional que se refleja tanto en el dolor físico como en una dimensión mental. Este se produce a partir de diversos hechos, como las cargas que imponen los tratamientos y diagnóstico del paciente, la incertidumbre del resultado, la anticipación del dolor futuro o de la muerte, las consecuencias sobre los familiares, entre otros.

En todo caso, la Corte concluye que, a pesar de que la medicina cuente con mecanismos para identificar la intensidad, ubicación y sensación del dolor en el paciente, siempre deberá primar la consideración subjetiva del mismo cuando se genere una eventual discusión o desacuerdo entre el médico y el paciente.

A partir de todo lo anterior, la Corte concluye que, exigir la condición de padecer una enfermedad terminal puede llevar al desconocimiento de la prohibición de someter a una persona a tratos crueles e inhumanos, puesto que:

1. Desconoce que las personas que padecen sufrimientos derivados de enfermedades o lesiones graves e incurables, también se ven obligadas a conservar una vida en condiciones que no consideran dignas.

2. No se justifica distinguir entre las personas que padecen enfermedades terminales y las que padecen sufrimientos derivados de enfermedades o lesiones graves e incurables, pero que no son terminales, puesto que las

primeras, deberán soportar unas condiciones de salud adversas por menos tiempo que las segundas.

3. Los sufrimientos padecidos por estas personas no suponen un beneficio para el bien jurídico de la vida.

4. A pesar de que existen métodos para medir el dolor, estos no llegan -ni tampoco pueden- determinarlo de manera objetiva. Por ello, debe respetarse la consideración subjetiva de la persona que lo padece.

En definitiva, la Corte comprende que hay una obligación de respetar la decisión del paciente en torno a la faceta del derecho a morir dignamente que desee utilizar, teniendo en cuenta su condición de salud, sus intereses vitales y su concepto de vida digna.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La decisión tomada en la sentencia C-233 de 2021 constituye un fallo de suma importancia tanto en la protección del derecho fundamental a morir dignamente como en las calidades argumentativas de la decisión. Este análisis crítico comenzará por exaltar el carácter democrático de la decisión (a), para luego referirse a aspectos un poco más cuestionables de ella (b). Finalmente haremos una referencia a la complejidad de la toma de la decisión y la moratoria en que el sector político aborde el tema de la manera más adecuada (c).

4.1. UNA DECISIÓN DEMOCRÁTICAMENTE PLAUSIBLE

Cuando un Tribunal constitucional debe tomar una decisión sobre un tema tan polémico como la eutanasia, en razón de la sociedad en la que se realiza ese control de constitucionalidad es preponderantemente de cultura católica, es difícil esperar que la decisión sea unívoca o pacífica. En cambio, ante la diversidad de posturas al respecto, se espera de la decisión que sea respetuosa de todos los argumentos puestos sobre la mesa en el escenario del control de constitucionalidad, no los oculte, los valore e integre a la decisión.

En efecto, esta es una de las principales virtudes de esta sentencia: recogió no solo los argumentos de la demanda, sino que integró en su razonamiento todos los argumentos propuestos por los ciudadanos y ciudadanas

que intervinieron, tal como las instituciones invitadas a conceptuar. Así, la decisión fue valorando cada uno de los elementos en ese mercado de ideas para tomar la decisión argumentativamente más razonable.

4.2. ¿Reapertura de la cosa juzgada material o cosa juzgada aparente?

Un asunto jurídico que a nuestro juicio resulta problemático de la decisión, pero que no es determinante para el resultado tomado, es el relativo a la reapertura de la cosa juzgada. No es que consideremos que sea erróneo el planteamiento que permite la reapertura de la cosa juzgada, sino que consideramos que en el caso había una cosa juzgada aparente. Nuestro argumento se acerca así al salvamento de voto del Magistrado Antonio José Lizarazo[16].

Fijémonos en que la Corte reitera que hay tres elementos para determinar si se trata efectivamente de cosa juzgada: a) identidad de objeto analizado por la corporación, b) identidad del problema jurídico obtenido a partir de los cargos propuestos y c) relación entre la motivación y la decisión de la sentencia. Sin embargo, no aplica los elementos b) y c) al caso.

En efecto, como se indicó en su respectivo lugar, el problema jurídico de fondo decidido en 1997 es diferente al decidido en 2021; además de que tampoco hay una argumentación seria en 1997 sobre la exigencia de que la enfermedad se encuentre en estado terminal. Esto tan solo fue deducido de que la enfermedad de la que se predica la eutanasia debía ser grave e incurable. No hubo una argumentación necesaria y suficiente en este sentido. Esto mismo pasa con otros aspectos de esa decisión como el hecho de que quien aplique la eutanasia deba ser un médico. En la decisión ello tampoco tiene solidez argumentativa. Ninguna de las dos son condiciones necesarias y suficientes para la decisión, por lo cual en realidad se trataba de una cosa juzgada aparente.

---

16 Antonio José Lizarazo O., salvamento de voto respecto de la sentencia C-233 de 2021.

4.3. FALTA DE REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA MUERTE DIGNA

Una de las críticas que se le suelen atribuir a la Corte Constitucional colombiana es su excesivo activismo. Sin embargo, este caso nos muestra la relación causal que tiene este fenómeno con la inactividad parlamentaria.

Si entrar a considerar otros elementos que también influyen en el criticado activismo, desde 1997 la Corte ha realizado numerosos exhortos al Congreso de la República para que regule el derecho a morir con dignidad. Esta inactividad ha forzado a que la Corte tome decisiones para la protección del derecho fundamental, tanto individuales como un poco más estructurales, a entidades gubernamentales como el Ministerio de Salud y protección social o a la Superintendencia de salud, para que normativamente o mediante sus funciones de inspección y vigilancia reduzcan las barreras para la protección del derecho.

No solo es deseable que el Congreso realice su función de producción normativa para el desarrollo de los derechos, como el de la muerte digna, sino que, la actividad de todas las instituciones del poder público, estén dirigidas armónicamente a propender por la mayor satisfacción posible de la dignidad humana de las personas.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

Corte Constitucional. Sentencia T-970 de 2014.

Corte Constitucional. Sentencia T-132 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-423 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-544 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-322 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-721 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-060 de 2020.

Lizarazo Ocampo, Antonio José, Salvamento de voto a la sentencia C-233 de 2021.

ALEXEI JULIO ESTRADA

C-282 del 2021 (Habeas Data)

1. CONTEXTO

La sentencia bajo análisis corresponde al control automático de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 062 de 2019 – Senado, y 314 de 2019 – Cámara "Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales de *habeas data* con relación a la información financiera, crediticia, comercial de servicios y la proveniente de terceros países, y se dictan otras disposiciones", el cual una vez surtido el control de constitucionalidad y a la sanción presidencial fue promulgado como la Ley 2157 de 2021.

El proyecto de ley estatutaria examinado en la sentencia C-282 de 2021 modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008: "Por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones". La nueva ley es conocida como la "Ley de borrón y cuenta nueva", porque entre sus diversos contenidos normativos, el artículo 9 prevé un régimen de transición en relación con la permanencia del dato negativo en las centrales de riesgo para los deudores (titulares de la información) que extingan sus obligaciones dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de la ley; esto es, una suerte de amnistía en relación con la permanencia del dato negativo, similar a la que se había implementado en su momento por la Ley 1266 de 2008.

Cabe señalar que este proyecto de ley estatutaria tuvo un trámite accidentado en el Congreso. En efecto, una primera iniciativa de modificar la Ley 1266 de 2008 fue radicada ante el Senado y tramitada como el proyecto de ley estatutaria 053 de 2018, el cual fue aprobado en primer y segundo debate en el Senado y finalmente archivado por la Cámara de Representantes. Ese mismo proyecto fue radicado nuevamente ante el Senado por un grupo de congresistas (tres senadores y un representante a la Cámara) el 30 de julio de 2019, y a partir de esa fecha se inició nuevamente el trámite legislativo. El proyecto inicialmente radicado contenía una reducción del término de caducidad del dato negativo significativa, al establecer un término máximo de permanencia de dos años, previsión que fue muy criticada por los principales gremios económicos particularmente ASOBANCARIA, FENALCO, las centrales de riesgos y también por el

Ministerio de Hacienda y el Banco de la República. El principal argumento esgrimido en contra del proyecto de ley consistió en que: reducir el término de permanencia del dato negativo iba a tener como efecto el encarecimiento de los créditos y la exigencia de garantías adicionales a los deudores para suplir la incertidumbre y los riesgos causados por la ausencia de datos, lo que a su vez afectaría el acceso al crédito especialmente de las personas de menores ingresos.

Durante el trámite legislativo también se señaló que reducir el tiempo de permanencia de la información no solo dificultaría el acceso al crédito para las personas más vulnerables, sino que lo encarecería al subir las tasas, y esto obligará a aquellas personas a acudir al crédito extra bancario con tasas de usura[1]. Se adujo también que reducir la permanencia de la información sería generar una pérdida de confianza generalizada en los deudores, pues, se estarían equiparando las personas que incurren en mora con las personas que son cumplidas en sus obligaciones[2]. No obstante, a juicio de otros congresistas el dato negativo debía ser eliminado de forma inmediata tras la realización del pago; postura que finalmente no quedó plasmada en el proyecto de ley estatutaria[3].

Finalmente, la iniciativa de reducir el término de caducidad del dato negativo a dos años no fue aprobada y el plazo de cuatro años previsto en el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 permaneció inalterado, aunque otros contenidos normativos de esta disposición fueron modificados.

El proyecto de ley aprobado por el Congreso y enviado a la Corte para que surtiera control de constitucionalidad está compuesto por quince (15) artículos que regulan las siguientes materias: (i) la comunicación previa al titular de la información que será reportada ante las centrales de riesgo; (ii) la permanencia de la información en los bancos de datos que consultan

---

1 Ver Gaceta del Congreso 261 de 3 de junio de 2020, pp. 19, 24, 27, 28 y 29; Gaceta del Congreso 262 de 3 de junio de 2020 pp. 23, 27, 28 y 35; Gaceta del Congreso 1562 de 30 de diciembre de 2020, pp. 526 y 576.

2 Ver Gaceta del Congreso 262 de 3 de junio de 2020 pp. 30 y 33; Gaceta del Congreso 1562 de 30 de junio de 2020, pp. 540 y 549.

3 Ver Gaceta del Congreso 262 de 3 de junio de 2020 pág. 48 y Gaceta del Congreso 1562 de 30 de junio de 2020, p. 545.

los actores del sistema financiero; (iii) el término con el que cuentan las fuentes de la información para reportar los datos negativos de los titulares; (iv) la carga de valoración que deben dar los titulares de la información al dato negativo, y su deber de justificar por escrito los motivos por los que se niega un crédito; (v) la gratuidad en la consulta de la información contenida en las bases de datos por parte de su titular, y la prohibición de que dichas consultas incidan de forma negativa en el estudio del riesgo crediticio; (vi) efectos de la suplantación para adquirir obligaciones crediticias y silencio administrativo positivo; (vii) régimen de transición que incentiva el pago de las obligaciones atrasadas en función de la caducidad del dato negativo; (viii) medios de alerta a los titulares de la información cuando se registra una deuda insoluta a su nombre; (ix) educación financiera; (x) mecanismos orientados a asegurar la implementación efectiva de la Ley 1266 de 2008 por parte de los operadores, fuentes y usuarios; y (xi) la imposición de multas a los actores que desacaten esta normativa.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Durante el trámite del control de constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria fueron presentadas numerosas intervenciones ciudadanas y también algunas de entidades estatales tales como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia Financiera, el Banco de la República y la Defensoría del Pueblo, tanto a favor como en contra de la constitucionalidad de algunos artículos del proyecto de ley estatutaria. Las disposiciones que suscitaron mayor número de intervenciones fueron el artículo 3 del proyecto de ley estatutaria, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 en relación con la permanencia de la información en los bancos de datos y, el artículo 9 del proyecto de ley, que establecía un régimen de transición en relación con la caducidad de los datos negativos a partir de la entrada en vigencia de la ley.

El parágrafo 3 del artículo 1 del proyecto de ley introdujo un nuevo contenido normativo al artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 al establecer una caducidad automática de ocho (8) años, contados a partir del momento en que entre en mora la obligación, para el dato negativo y los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera y, en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento

de obligaciones. Así, este precepto fijó una regla de caducidad específica del dato negativo para situaciones en las que el deudor no se ha puesto al día en sus obligaciones con el acreedor (obligaciones insolutas).

Algunos de los intervinientes señalaron que el parágrafo 1º adicionado al artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, era inconstitucional por las siguientes razones: (i) vulneraba los principios de veracidad, integridad y calidad de la información, porque oculta obligaciones existentes y comprobables que puedan estar en mora, por el simple paso del tiempo; (ii) permitía que, a los ocho (8) años, antes de que haya corrido el término de los diez (10) años para la prescripción de la obligación, se elimine el dato negativo, a pesar de que no se haya extinguido la obligación ni se haya subsanado la situación de mora; (iii) eliminaba información necesaria para el análisis de los hábitos de pago de los titulares, lo cual afecta el acceso al crédito; (iv) desconocía los derechos del acreedor, pues, en el supuesto de obligaciones de bajo monto, el único mecanismo que genera una real posibilidad de recuperar una obligación incumplida constituye su reporte a las centrales de información o bases de datos; (vi) promovía una cultura del no pago, proscrita por el ordenamiento jurídico.

El parágrafo 2º del artículo 3 del proyecto de ley adiciona el artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 y establece un requisito para que se puedan reportar los datos negativos por las obligaciones inferiores o iguales al quince por ciento (15%) de un salario mínimo legal mensual vigente, que se hubiesen constituido en mora. Prescribe que la fuente deberá enviarle al deudor o titular de la información, al menos, dos comunicaciones, ambas en días diferentes, previo a realizar el respectivo reporte del dato negativo. Además, impone que, entre la última comunicación y el reporte, deben haber transcurrido veinte (20) días calendario. Numerosas intervenciones solicitaron la declaratoria de inconstitucionalidad de esa disposición porque establecía un procedimiento que en su parecer implicaba la eventual eliminación del reporte de deudas de una cuantía inferior en el año 2021 a $136.278, lo que afectaría especialmente ciertos sectores de la actividad económica como comercio y servicios, donde las obligaciones contraídas difícilmente alcanzan dicho monto. Otros intervinientes añadieron que esta disposición establecía un trato diferenciado injustificado entre los deudores de acuerdo con el monto de la deuda para el reporte del dato negativo, lo que sería contrario al principio de igualdad.

También se alegó que el parágrafo introducía una obligación desproporcionada en cabeza de los acreedores quienes tendrían que incurrir en mayores costos y que hacía más engorroso el reporte de información financiera, crediticia, comercial y de servicio. En este sentido se afectaría particularmente a comercios pequeños, medianos y grandes que ofrecen servicios a crédito, usualmente por montos similares a los contemplados en el parágrafo. Sostuvieron que, establecer una doble comunicación en los términos propuestos por el Legislador estatutario, constituye un requisito que va en contra del balance que exige el artículo 1º de la Ley 1266 de 2008, entre el derecho al *habeas data* y el derecho a la información.

Asimismo, se presentaron numerosas intervenciones que solicitaron la declaratoria de inexequibilidad del parágrafo 3º del artículo 3º del proyecto de ley, el cual establece que: al retirarse el dato negativo o al cesar un hecho que generó una medición negativa con respecto al titular como agente del mercado económico deberá ser actualizada, simultáneamente, cualquier otra información negativa o desfavorable depositada en bases de datos relacionada con evaluar al titular y su comportamiento como agente del mercado económico. Alegaron que este precepto vulneraba el principio de veracidad y, por tanto, el derecho de información de los usuarios, comoquiera que alteraba y restringía la cantidad y calidad de la información sobre titulares y, de esta manera privaba a los usuarios de las bases de datos de la información suficiente para efectuar sus análisis respectivos.

También dio lugar a numerosas intervenciones el artículo 9º del proyecto de ley estatutaria, el cual establece un grupo de reglas de transición relacionadas con la aplicación de términos especiales de caducidad del dato financiero negativo, diferenciado debido a (i) las condiciones de la mora del sujeto concernido; o (ii) grupos de personas específicos como destinatarios de la norma incluidos aquellos afectados por la pandemia COVID-19. Los reproches de constitucionalidad sobre el mencionado artículo fueron formulados a partir de la necesidad de proteger la estabilidad del sistema financiero, la cual depende de que las instituciones de crédito cuenten con información veraz e imparcial sobre sus clientes potenciales dicha protección. De esta manera, los intervinientes alegaron que el régimen de transición impide la realización de un adecuado cálculo del riesgo financiero, restringiendo el buen funcionamiento del sistema financiero en su conjunto. Aunado a lo anterior, se presentaron estudios económicos

que concluyen que: el adecuado cálculo del riesgo financiero permite fortalecer el mercado y, que el régimen de transición adoptado produce el efecto contrario al poner en riesgo la democratización del crédito y a un potencial aumento en las tasas de interés que restringiría el acceso al sistema financiero.

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Como se señaló previamente la sentencia C-282 de 2021 fue emitida en el marco de un control previo y automático de constitucionalidad de un proyecto de ley estatutaria. Se trata de un control integral y definitivo, tal como ha sido definido por la jurisprudencia constitucional.

Como punto novedoso en cuanto a esta modalidad de control de constitucionalidad, en la sentencia C-282 de 2021 la Corte advirtió que: el control de constitucionalidad de un proyecto de ley estatutaria era un **control preventivo**; en virtud del cual, se buscaba garantizar una defensa anticipada de la Carta, para verificar que un texto aprobado por el legislativo, pero que aún no ha finalizado el procedimiento para convertirse en ley, pueda ser examinado en su constitucionalidad, a pesar de que todavía responde a la condición o categoría jurídica de proyecto. Según sostuvo el Tribunal se trata de un control excepcional, previo a la sanción de una ley, pero que hace parte de un procedimiento reforzado para evitar que una norma infra constitucional cuando sea incorporado al sistema jurídico, termine vulnerando la supremacía de la Constitución.

Según el Tribunal la diferencia entre el control preventivo y el control represivo, el cual se realiza una vez una ley ha entrado en vigor, se proyecta en la distinción conceptual entre inconstitucionalidad e inexequibilidad. En efecto, dado que el control preventivo se realiza respecto de textos normativos que aún no han sido sancionados ni promulgados, como es el caso de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, los proyectos de leyes estatutarias y los tratados internacionales, la Corte habrá de declarar su "constitucionalidad" o "inconstitucionalidad" al revisar o examinar de forma previa su conformidad o disconformidad con la Carta, ya que no se trata de preceptos respecto de los cuales se pueda impedir que continúen produciendo efectos jurídicos. En los demás casos, esto es, cuando se adelanta el control represivo o posterior, como el mismo

se lleva a cabo frente a normas vigentes en el ordenamiento jurídico y que están produciendo efectos, o respecto de las cuales existe certeza de que lo van a hacer, la Corte declarará su "exequibilidad" o "inexequibilidad", luego de determinar si las mismas se ajustan o no a los preceptos del Texto Superior, es decir, de determinar su constitucionalidad. En este orden de ideas, la inexequibilidad supone expulsar del ordenamiento jurídico una norma que, produciendo efectos jurídicos, no se ajuste a la Constitución.

Por esa razón, en la parte resolutiva de la sentencia, bajo estudio, la Corte declaró la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos objeto de revisión, pues se trataba de un proyecto de ley estatutaria y los preceptos analizados aun no estaban vigentes y, no declaró su exequibilidad o inexequibilidad, porque no estaban siendo expulsados del ordenamiento jurídico.

Previamente a realizar el control formal y material del proyecto de ley, la Corte Constitucional en primer lugar debió definir si el cuerpo normativo examinado correspondía a un proyecto de ley estatutaria, para efectos de determinar si debía ser sometida a un control de constitucionalidad con las características previamente enunciadas. Sobre el particular decidió que el cuerpo normativo examinado versaba sobre una materia sometida a reserva de ley estatutaria, pues regulaba el núcleo esencial de derecho fundamental al *habeas data* dentro del ámbito financiero, crediticio, comercial y de servicios, y los contenidos de las disposiciones contenidas en el proyecto desarrollaban o buscaban proteger el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 15 de la Constitución, de forma tal que era aplicable la reserva revista en el literal a del artículo 152 constitucional.

Añadió que los artículos 2º a 7º, y 12 a 14 del Proyecto modifican y adicionan una regulación estatutaria preexistente, contenida en la Ley 1266 de 2008, con el fin de adaptar la protección del dato financiero, crediticio, comercial y de servicios a las necesidades y dinámicas surgidas con posterioridad a su promulgación. Es por ello por lo que, al tratarse de una modificación a una ley estatutaria, la misma debía seguir, necesariamente, el trámite agravado que señala el artículo 153 constitucional.

No obstante, señaló que el artículo 11 del proyecto de ley, el cual hacía referencia a los lineamientos generales para adelantar una política pública educativa en materia financiera, correspondía a una materia susceptible de ser regulada mediante ley ordinaria por no guardar relación con el

núcleo esencial del derecho al *habeas data*. Aclaró que esto no ocasionaba la inconstitucionalidad de esta disposición, pues el Legislador estatutario puede abarcar en su regulación materias que en principio no sujetas a la reserva de ley estatutaria, pero precisó que las eventuales adiciones y modificaciones que se efectúen al artículo 11 del proyecto de ley podían adelantarse por medio de una ley ordinaria.

En relación con el trámite del proyecto de ley, la Corte constató diversas irregularidades en el procedimiento legislativo, pero entendió que ninguna tenía la entidad suficiente para constituir un vicio que acarreara la inexequibilidad del proyecto de ley. En particular constató inconsistencias sobre quorum y votaciones entre las actas de Plenaria en Cámara; y, señaló que, en todo caso se preservó en un grado razonable el principio democrático si se tiene en cuenta que la asistencia y votaciones a Plenaria contaron en cualquier caso con las mayorías constitucional y legalmente exigidas. En esa medida decidió aplicar el principio *in dubio pro legislatore* y avalar la constitucionalidad del procedimiento legislativo tanto en relación con este extremo, como frente a otras irregularidades que identificó en el trámite del proyecto de ley.

Al iniciar el análisis material del proyecto de ley estatutaria, la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en cuanto al derecho fundamental al *habeas data*. Al respecto indicó que de conformidad con lo previsto en el artículo 15 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. Además, establece esta misma disposición que la recolección, tratamiento y circulación de datos estará sujeta a la libertad y demás garantías previstas en la Constitución. A partir de ello, la jurisprudencia constitucional ha identificado la garantía fundamental del *habeas data*, compuesta por dos contenidos principales: (i) las prerrogativas en cabeza del titular de la información; y (ii) los parámetros mínimos a los que se encuentran sometidos los usuarios y operadores de bases de datos.

Recordó que, desde su temprana jurisprudencia, había señalado que este derecho tiene el carácter de fundamental y autónomo, a la vez que permite la garantía de otros derechos como la intimidad, la honra y el buen nombre. En tal sentido, el núcleo fundamental del *habeas data* se compone de la autodeterminación informática y la libertad -en general,

y en especial la económica. Asimismo, subrayó que en la sentencia C-032 de 2021 sostuvo que las normas estatutarias como la jurisprudencia sobre el tema, han abordado la definición del contenido y alcance del derecho al *habeas data* desde la perspectiva de los siguientes principios: libertad, finalidad, calidad o veracidad, necesidad, transparencia, acceso o circulación restringida, incorporación, integridad, temporalidad, individualidad, seguridad, confidencialidad y legalidad.

Reiteró que el dato financiero como parte de la información semiprivada, puede interesar no solo a su titular sino a cierto grupo de personas o a la sociedad en general, pero que, sin embargo, requiere del consentimiento cualificado de su titular. Lo anterior, salvo que la ley, atendiendo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, releve del cumplimiento de este requisito. Hizo alusión a la sentencia C-1011 de 2008, en la cual definió el *habeas data* financiero como "el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular". En todo caso, la Sala Plena precisó que esta clasificación teórica, realizada con fines de claridad conceptual y precisión en el contexto, no configura un derecho fundamental distinto al previsto en el artículo 15 constitucional, sino que, es una modalidad de ejercicio del mismo.

En relación con el análisis de los artículos que integran el proyecto de ley estatutaria, la Corte Constitucional declaró exequible la mayoría de estos, salvo algunas expresiones contenidas en los artículos 4, en el parágrafo 2 del artículo 5 y en el artículo 7 del proyecto de ley. A continuación, se hará referencia a las consideraciones del Tribunal, especialmente sobre en relación con aquellas disposiciones que dieron lugar a mayor número de intervenciones, como lo fueron el artículo 3 relacionado con la permanencia de la información, y el artículo 13 que establece el régimen de transición a partir de la entrada en vigencia de la ley.

Frente al artículo 3º del proyecto de ley, la Corte inicialmente analizó la modificación introducida al primer inciso del artículo 13 de la Ley 1266 de 2008 en relación con la permanencia del dato negativo en las bases de datos. Al respecto sostuvo que el cambio de redacción propuesto por la disposición bajo examen, la cual señala que el término de permanencia de

la información relacionada con el incumplimiento de las obligaciones será el doble del tiempo de la mora, máximo cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea extinguida la obligación no resultaba contrario al precedente establecido en la sentencia C-1011 de 2008. Consideró que, la modificación introducida por el nuevo contenido normativo seguía el criterio jurisprudencial previsto en el fallo anotado, al no establecer un término único de caducidad del dato negativo para los distintos niveles de cumplimiento de las obligaciones por parte de los deudores. En su lugar, aplica el principio de gradualidad en la determinación de la caducidad de este tipo de información, por cuanto fija un término máximo de cuatro (4) años de permanencia del dato negativo en la base de datos, para aquellas moras de duración larga, y un término por el doble del tiempo de la mora, para las moras inferiores a dos (2) años.

En lo tocante al término de caducidad de ocho (8) años, previsto en el parágrafo 1 del artículo 3 del proyecto de ley estatutaria, la Corte consideró que la regla especial de caducidad sobre las obligaciones insolutas estaba en armonía con el contenido de los principios de administración de datos personales, pues desarrollaba el principio de temporalidad al establecer un límite de permanencia del dato negativo en el banco de datos que al menos cumple con dos finalidades constitucionales importantes: (i) garantizar el derecho al olvido del titular de la información; y (ii) suministrar información útil y pertinente a los usuarios para que realicen el cálculo del riesgo crediticio del sujeto concernido. Así mismo, sostuvo que la norma es razonable, por cuanto persigue una finalidad constitucionalmente legítima como lo es la democratización del crédito, en tanto permite a las personas que han visto limitado su acceso a productos financieros, que tengan una nueva posibilidad de reactivar su actividad financiera sin las restricciones que imponen los reportes negativos; y, no comporta una medida desproporcionada frente a los derechos del acreedor ni tampoco respecto de los usuarios de la información reportada en bancos de datos.

La Corte también encontró exequible el parágrafo 2º del artículo 3 del proyecto de ley, por medio del cual se establece un requisito para que se puedan reportar los datos negativos por las obligaciones inferiores o iguales al quince por ciento (15%) de un salario mínimo legal mensual vigente, que se hubiesen constituido en mora. Prescribe que la fuente deberá enviarle al deudor o titular de la información, al menos, dos comunicaciones, ambas

en días diferentes, previo a realizar el respectivo reporte del dato negativo. Además, impone que, entre la última comunicación y el reporte, deben haber transcurrido veinte (20) días calendario. Sobre esta disposición la Corte realizó un juicio integrado de igualdad de intensidad leve y concluyó que no desconoce el principio de igualdad, pues no otorga un trato diferenciado injustificado e irrazonable entre los titulares de la información, ni tampoco impone una carga desproporcionada a las fuentes de la información. En tal sentido, sostuvo que el requisito de doble comunicación a los destinatarios de la medida antes de realizar el reporte del dato negativo, en lugar de desconocer los principios que orientan la actividad de administración de datos financieros, garantiza el derecho al *habeas data*.

Sobre el artículo 4 del proyecto de ley la Corte declaró inconstitucional la expresión *"hacerse exigible la obligación"* porque el legislador incurrió en un error de técnica legislativa al haber confundido los conceptos de la "exigibilidad" y la "mora", los cuales en realidad constituyen instituciones jurídicas distintas. Pero ante el vacío que generaría la declaratoria de inconstitucionalidad de la expresión aludida y, en aplicación del principio de conservación del derecho, la Corte acudió a la figura de una sentencia integradora en la modalidad sustitutiva y sustituyó la expresión declarada inconstitucional por la expresión *"la constitución en mora del titular"*.

La Corte también declaró la inconstitucionalidad de la expresión *"salvo cuando se trate de contrataciones en el sector financiero"*, contenida en el parágrafo 2 del artículo 5, que permitía la consulta del dato negativo para la toma de decisiones laborales en el sector financiero, por ser contraria al derecho a la igualdad entre los trabajadores del sector financiero y otros trabajadores formales. Por tratarse, a juicio del Tribunal, de una medida que generaba una potencial afectación en la garantía del derecho fundamental al trabajo aplicó un juicio integrado de igualdad en intensidad estricta y la declaró inconstitucional porque: (i) no se evidenciaba una finalidad imperiosa, ni tenía un contenido normativo claro porque no quedaba claro a qué se refería la adopción de decisiones laborales; (ii) la medida no es conducente ni necesaria, ya que no es claro -a menos que se presuma la mala fe del trabajador del sistema financiero- cómo el conocimiento de los reportes financieros por parte del empleador contribuya a alcanzar el propósito.

La Corte también declaró inexequible la expresión *"administrativo positivo",* contenida en el proyecto de ley estatutaria, cuando se regulan los efectos de la no respuesta oportuna por parte del operador a las peticiones del titular relacionadas con la actualización y la rectificación de la información que reposa en los bancos de datos. La Corte aclaró que la figura del silencio administrativo positivo del Estado no era aplicable como sanción al silencio de entidades de derecho privado, pues, si bien, el acceso al sistema financiero es una actividad de interés público, la fuente del tratamiento de datos corresponde a entes de derecho privado que no ejercen función administrativa y, es por ello, que resulta ajena e injustificada la aplicación de una figura contenida en la Ley 1437 de 2011 y desarrollada por la jurisprudencia en estos términos. Esta declaratoria de inconstitucionalidad no afectó el restante contenido normativo de la disposición examinada.

En relación con el régimen de transición previsto en el artículo 9º del proyecto de ley estatutaria, la Corte entendió que correspondía al ejercicio de la amplia potestad de configuración del Legislador estatutario en asuntos relacionados con el derecho al *habeas data*. La Corte sostuvo que la finalidad del régimen de transición era la democratización del crédito, la cual era legitima a la luz de los postulados constitucionales. Asimismo, resaltó que el régimen de transición permitía proteger y mantener una adecuada ponderación entre la protección del derecho al *habeas data* y el orden público financiero, por cuanto: (i) no busca condonar deudas, pues la extinción de la obligación es una condición previa y necesaria para poder acceder a las distintas hipótesis de caducidad del dato; (ii) incentiva la cultura de pago para obtener el beneficio; y, (iii) apoya especialmente a sectores económicos y sujetos vulnerables que pudiesen haber visto desmejorada su situación financiera, crediticia y comercial, como consecuencia de la pandemia COVID-19, tal como es el caso de: empresarios generadores de empleos, jóvenes, mujeres, campesinos y víctimas del conflicto armado.

Sostuvo también que el régimen de transición obedece a criterios razonables y proporcionales, toda vez que, se encuentra directamente vinculado con la protección de los principios en los que se funda el derecho al *habeas data*; y no supone una afectación desproporcionada a la estabilidad del sistema financiero, pues la fijación de una caducidad especial del dato financiero no afecta desproporcionadamente el derecho de los usuarios a

recibir información veraz y cierta, y permite que el titular del dato negativo pueda ejercer su derecho a conocer, actualizar y rectificar su información

En consecuencia, concluyó que la restricción temporal de la permanencia de la información negativa en las bases de datos, no conlleva a una afectación desproporcionada al derecho a la información de las entidades de crédito, quienes cuentan con distintas variables para la medición del riesgo. Finalmente, a juicio del Tribunal el régimen de transición genera un estímulo para que los titulares de la información se pongan al día en sus obligaciones, lo que podría tener un impacto positivo en la disminución de la cartera insoluta de las instituciones crediticias y sus reservas.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

Cómo se ha hecho referencia a lo largo del presente documento, la sentencia C-282 de 2021 corresponde a un control automático de constitucionalidad de un proyecto de ley estatutaria. En este sentido comparte las características propias de esta modalidad de control constitucional, a las que ya me he referido en escritos previos[4].

Por tratarse de un control previo, automático, integral y definitivo (tal como lo ha definido de forma reiterada la jurisprudencia constitucional) corresponde en mi criterio a la peor modalidad de control constitucional porque, por una parte, las disposiciones examinadas no han producido efectos en el mundo jurídico, razón por la cual no es posible apreciar claramente cuáles son los verdaderos problemas constitucionales que causa su aplicación; adicionalmente, como el control no tiene origen en una demanda de inconstitucionalidad, no hay cargos específicos en relación con las disposiciones objeto de examen y, si bien, las intervenciones pueden servir de guía para el examen de constitucionalidad, ello no ocurre en todos los eventos.

Asimismo, por tratarse de un control integral la Corte no solo debe examinar el trámite del proyecto de ley y su contenido material, sino que

---

4 Alexei Julio Estrada, "Justicia Constitucional", en *Lecciones de Derecho Constitucional*, t. II, Magdalena I. Correa Henao, Néstor I. Osuna Patiño y Gonzalo Ramírez Cleves (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 487-580.

debe estudiar todos los eventuales vicios en el procedimiento de formación de la ley y todos los eventuales motivos de inconstitucionalidad de cada una de las disposiciones; es esto un esfuerzo analítico que muchas veces desborda las capacidades del Tribunal. En este punto quiero destacar que, a mi juicio, el principal lastre de esta modalidad de control constitucional es: el carácter definitivo del pronunciamiento de la Corte. Si en el futuro surgen problemas asociados a la constitucionalidad de una disposición contenida en una ley estatutaria, estos preceptos no podrían ser inaplicados o sometidos a un nuevo control vía acción pública, salvo en circunstancias excepcionales, como por ejemplo en el caso de una inconstitucionalidad sobreviniente por una reforma constitucional[5].

Ahora bien, en el caso del Proyecto de Ley Estatutaria n.º 062 de 2019 – Senado, y 314 de 2019 – Cámara: "Por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales de *habeas data* con relación a la información financiera, crediticia, comercial de servicios y la proveniente de terceros países, y se dictan otras disposiciones", las dificultades previamente señaladas no fueron de particular relevancia pues se trataba de un cuerpo normativo relativamente corto, que contenía pocos artículos y que se refería a una materia sobre la cual ya hay una amplia jurisprudencia constitucional. Sin embargo, considero que, la Corte desaprovechó la oportunidad de avanzar frente a la técnica de control constitucional de este tipo de proyecto de ley.

En efecto, si bien en la sentencia se hace una interesante diferenciación entre el control preventivo (el cual se realiza sobre una norma que no ha entrado en vigencia y que por lo tanto no está produciendo efectos en el ordenamiento jurídico); y, el control represivo (el cual se llevaría a cabo sobre un precepto vigente y que está produciendo o es susceptible de producir efectos jurídicos), esta distinción se quedó en una mera disquisición académica en cuanto que el primer tipo de control –el preventivo– llevaría aparejada la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición, mientras que el segundo tipo de control (el represivo)

---

5 Cabe señalar que en algunos eventos la Corte Constitucional ha inaplicado disposiciones contenidas en leyes estatutarias por ser claramente inconstitucionales, tal como lo hizo por ejemplo en la sentencia C-551 de 2003.

conduciría a la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad. Lo anterior, porque esta última figura significaría la expulsión de una norma del ordenamiento jurídico por ser inconstitucionalidad, lo que no podría predicarse de una norma que aún no está en vigor o no está produciendo efectos jurídicos.

Salvo la precisión terminológica, la diferenciación no tiene ningún efecto práctico, pues no avanza en la dirección que me parece más útil, la cual es: indicar que la declaratoria de constitucionalidad de un precepto contenido en un proyecto de ley estatutaria no debe hacer paso a cosa juzgada, pues puede haber problemas constitucionales que no fueron analizados por la Corte en el marco del control previo.

Tampoco hay muchos progresos en esta sentencia en relación con los criterios para determinar cuándo se aplica la reserva de ley estatutaria. Entiendo que tal vez no era la mejor oportunidad para hacerlo, pues había poco margen de duda de que la materia que regulaba el proyecto de ley se relacionaba con el derecho fundamental al *habeas data*; pero la Corte sigue utilizando conceptos como el de núcleo esencial del derecho fundamental para referirse a qué materias son objeto de la reserva de ley estatutaria, concepto que encuentro demasiado vago y gaseoso, susceptible de ser interpretado de forma discrecional por parte del juez constitucional.

En este sentido resulta curioso que la Corte haya señalado que el artículo 11 del proyecto de ley, el cual hacía referencia a los lineamientos generales para adelantar una política pública educativa en materia financiera, correspondía a una materia susceptible de ser regulada mediante ley ordinaria por no guardar relación con el núcleo esencial del derecho al *habeas data*; pero, a pesar de ello, haya procedido a su examen material. Lo lógico hubiese sido que una vez establecido que se trataba de un precepto que tenía el rango de ley ordinaria, no se hubiera estudiado su constitucionalidad material, pues de otra forma se suscitan dudas sobre el alcance del control que hizo la Corte sobre el citado precepto ¿Se trató de un control integral y definitivo y por lo tanto esta disposición no puede ser objeto de control vía acción pública? ¿O por tratarse de un precepto con rango de ley ordinaria puede ser demandado por razones que no fueron examinadas por la Corte Constitucional en esta oportunidad? En definitiva, hacer la distinción entre cuáles de los preceptos contenidos en el proyecto de ley son materia de reserva estatutaria y cuáles no, carece de efecto útil

si posteriormente se realiza un control material, integral y definitivo de todas las disposiciones.

En cuanto al control del procedimiento legislativo cabe destacar que, si bien en la sentencia se identifican distintas inconsistencias, todas son calificadas como meras irregularidades y no como vicios. En esa medida, en aplicación del principio democrático y del principio *in dubio pro legislatore*, el proyecto es declarado constitucional con respecto a su trámite legislativo. Si bien no me parece criticable esta postura de la Corte, sí suscita preocupación que con ocasión del examen de una de las irregularidades examinadas, la inconsistencia entre la explicación oral que hizo el ponente de la iniciativa a otros congresistas antes de su votación, al manifestar que "se encontraban aprobando un texto exactamente igual al que fue avalado antes por el Senado", pese a que se había introducido un cambio en el contenido del proyecto, la Corte proponga una nueva regla en relación con el procedimiento legislativo según la cual "en aquellos casos en los cuales la discrepancia entre la explicación oral y el texto de la ponencia tiene la capacidad de afectar radicalmente la formación de la voluntad legislativa, debe declararse la existencia de un vicio de procedimiento". Esta regla la considero demasiado casuística y deja un margen amplio de discrecionalidad al juez constitucional.

Por otra parte, en lo que respecta al control material del proyecto de ley, la sentencia sigue de cerca el precedente establecido en la sentencia C-1011 de 2008. En mi parecer la Corte fue bastante respetuosa del margen de configuración del Legislador, especialmente en dos de los temas que habían generado mayor número de intervenciones en contra del proyecto de ley: el tiempo de permanencia del dato negativo en los bancos de datos y el régimen de transición; los cuales no fueron objeto de declaratorias de inconstitucionalidad ni de condicionamientos. Esta postura me parece realmente respetuosa del principio democrático, pues ambos temas fueron objeto de amplia discusión en el curso del procedimiento legislativo, como destacó la Corte a lo largo de la sentencia.

Solo hubo algunas declaratorias de inconstitucionalidad parciales, de expresiones incluidas en el proyecto que obedecieron a errores de técnica legislativa. Aquí, sin embargo, hago notar dos temas finales. Por un lado, la técnica que usa la Corte de expedir una sentencia sustitutiva mediante la cual cambia un enunciado normativo del proyecto, considero despierta la

antigua discusión de si en este tipo de sentencias la Corte realmente realiza un control jurisdiccional o actúa como un colegislador porque redacta el texto final de la ley antes de ser sometido a sanción presidencial. Tal vez, una técnica de reenvío al Congreso para corregir este tipo de problemas constitucionales, podría ser más adecuada.

Por otra parte, el uso del test integrado de igualdad para la declarar la inexequibilidad de la expresión que permitía la consulta del dato financiero para adoptar decisiones laborales en el sector financiero, no estuvo apropiadamente argumentado. Si bien, estoy de acuerdo con la declaratoria de inconstitucionalidad de este contenido normativo, me parece que hay un error en la técnica empleada, pues la Corte hace un análisis bastante ligero de los supuestos del empleo de este tipo de técnica argumentativa. En efecto, no queda claro por qué los trabajadores del sector financiero son comparables a los otros trabajadores formales, como tampoco sobre qué medida se aplicaba el test, si era sobre el trato diferenciado o sobre la permisión de consultar el dato financiero cuando se trataba de este tipo de trabajadores. Tal vez, en este sentido, lo más apropiado sería haber empleado un juicio de proporcionalidad, si se quiere de intensidad estricta debido a que se trataba de una medida que podía potencialmente afectar un derecho fundamental.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Gaceta del Congreso 261 de 3 de junio de 2020.

Gaceta del Congreso 262 de 3 de junio de 2020.

Gaceta del Congreso 1562 de 30 de diciembre de 2020.

Julio Estrada, Alexei, "Justicia Constitucional", en *Lecciones de Derecho Constitucional*, t. II, Magdalena I. Correa Henao, Néstor I. Osuna Patiño, Gonzalo Ramírez Cleves (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

GONZALO RAMÍREZ CLEVES

C-294 del 2021
(Cadena perpetua)

1. INTRODUCCIÓN

En este comentario se va a analizar la Sentencia C-294 de 2021[1] en donde la Corte Constitucional declaró inconstitucional el Acto Legislativo 1 de 2020[2], que establecía una reforma constitucional al artículo 34 de la Constitución para introducir la prisión perpetua para violadores y asesinos de niños, niñas y adolescentes.

La reforma constitucional fue aprobada el 22 de julio de 2020 mediante el trámite dispuesto en el artículo 375 de la Constitución cuando el Congreso realizaba sesiones virtuales en razón de la pandemia de la COVID-19.

En la reforma del artículo 34 se introdujeron tres nuevos incisos (el inciso segundo, tercero y cuarto) y un parágrafo transitorio. En el inciso segundo se estableció que, "De manera excepcional cuando un niño, niña y adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir se podrá imponer como sanción hasta la pena de prisión perpetua".

En el inciso tercero, se indicó que, "la pena de prisión perpetua tendrá control automático ante el superior jerárquico", y se dispuso en el inciso cuarto que se tendrá que evaluar a los condenados a la pena de prisión perpetua "… en un plazo no inferior a veinticinco (25) años, para evaluar la resocialización del condenado".

De otro lado, en el parágrafo transitorio se dispuso que el Gobierno Nacional contará con un (1) año contado a partir de la fecha de promulgación del acto legislativo para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley que reglamente la prisión perpetua, y que en el mismo término se debe formular, "… una política pública integral que desarrolle la protección de niños, niñas y adolescentes; fundamentada principalmente en las alertas tempranas, educación, prevención, acompañamiento psicológico y la garantía de una efectiva judicialización y condena cuando sus derechos resulten vulnerados". Por último, se indicó en dicho parágrafo que, "… anualmente se presentará un informe al Congreso de la República sobre

---

1 Magistrada Ponente Cristina Pardo Schlesinger. Fallo de 2 de septiembre de 2021.

2 Las sentencias C-327 de 2021 (M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar) y C-347 de 2021 (M.P. Alejandro Linares) establecieron estarse a lo resuelto a la Sentencia C- 294 de 2021.

el avance y cumplimiento de esta política pública", y que, "se conformará una Comisión de Seguimiento, orientada a proporcionar apoyo al proceso de supervisión que adelantará el Legislativo".

Hay que anotar que desde que se propuso realizar una reforma constitucional para establecer la pena de prisión perpetua en Colombia, se dieron bastantes críticas, especialmente fundadas en que con esta modificación constitucional se estaban introduciendo penas que han sido catalogadas como de populismo punitivo. Es decir que, aunque este tipo de sanciones pueden ser muy populares para aquellos que consideran que se deben endurecer las condenas en caso de delitos atroces como el asesinato y violación de niños, niñas y adolescentes; en última instancia, estas medidas son poco prácticas y eficaces para la prevención y comisión de estos delitos.

Por ejemplo, en un estudio titulado "*Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*"[3], se indicó que con la introducción de esta reforma constitucional se evidencia que prevalece un derecho penal reactivo, en donde no se tiene en cuenta las causas del delito y los mecanismos para evitarlos, sino que se basa en un derecho penal retributivo, en el cual prevalece el castigo sobre la prevención y resocialización.

Hay que resaltar que la pena de prisión perpetua, en el caso de la violación y asesinato de niños, niñas y adolescentes menores de catorce (14) años o en situación de discapacidad, se había propuesto anteriormente como reforma a la Constitución en el año 2009 mediante el mecanismo del referendo por iniciativa popular dispuesto en el artículo 378 de la Constitución.

El referendo fue promovido por la senadora Gilma Jiménez, el entonces fiscal general de la Nación, el procurador general de la Nación y la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entre otras personalidades[4]. En esta propuesta se recogieron 1.762.635 firmas certificadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

---

3 Angélica María Pardo, Ana Lucía Moncayo Albornoz y Ángela Marcela Olarte, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019. Consultado en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/2476

4 Hicieron parte del Comité Promotor la senadora Gilma Jiménez Gómez, el entonces fiscal general de la Nación Mario Germán Iguarán Arana, el entonces procurador

Esta propuesta de referendo constitucional para la reforma por iniciativa ciudadana fue aprobada por el Congreso y en la redacción final se dispuso que se modificaba el artículo 34 de la Constitución estableciendo que, los delitos de homicidio doloso, violación y explotación sexual, lesiones personales agravadas y secuestro cometidos contra menores de catorce (14 años) y menores de edad con discapacidad física y/o mental, "… se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley". Del mismo modo se introdujo un parágrafo que señalaba que, "El Estado, a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– formulará y aplicará una política de prevención tendiente a evitar la Comisión de Delitos contra Menores de Edad".

En dicha ocasión, la Corte Constitucional al realizar el control automático mediante la **Sentencia C-397 de 2010**, declaró inconstitucional la propuesta de referendo por encontrar vicios de trámite de carácter insubsanable.

Sin embargo, hay que anotar que en esta decisión la Corte omitió señalar si el contenido de esta reforma sustituía la Constitución, poniendo en práctica lo establecido en la Sentencia C-551 de 2003 que dispuso que no se puede so pretexto de reformar la Constitución, cambiar, derogar o sustituir los ejes estructurales de la Constitución de la Constitución de 1991 ya que se cometería un vicio de trámite relacionado con la competencia, en lo que se ha denominado como la "doctrina de la sustitución de la Constitución"[5].

---

general de la Nación Edgardo Maya Villazón, la entonces directora del ICBF Elvira Forero Hernández, Rafael Santos Calderón, Rodrigo Pardo García – Peña y Guillermo Prieto la Rotta, que fueron certificados mediante la Resolución 4892 del 1 de septiembre de 2008, por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

5 Sobre la doctrina de la sustitución de la Constitución ver el texto de Gonzalo Ramírez Cleves, *Limites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; y, el artículo, "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad entre democracia y demagogia", en *Revista Derecho del Estado,* n.º 21, diciembre de 2008, pp. 145-177. También el artículo de Gonzalo Ramírez Cleves, "The unconstitutionality of constitutional amendements en Colombia: the tension between majoritarian democracy and constitutional democracy", en: *Democratizing constitutional law*, Thomas

En el proceso que dio lugar a la Sentencia C-397 de 2010, la Comisión Colombiana de Juristas en las Intervenciones Ciudadanas señaló que, "… la Ley 1327 de 2009 sustituyó el principio de dignidad humana que opera a favor de todos los ciudadanos, en un principio distinto que desatiende los derechos en cabeza de los presos, quienes tienen un derecho fundamental a que la limitación de sus derechos fundamentales no sea indefinida como consecuencia de la internación penal".

Así mismo, se indicó que el acto legislativo que pretendía someter a consideración del pueblo, desconocía los principios de retribución justa, prevención y resocialización que deben cumplir las sanciones penales. Finalmente señaló la Comisión que la imposición de la prisión perpetua constituye; "… un desconocimiento de normas internacionales de *ius cogens*, que prohíben los tratos crueles, inhumanos y degradantes y que establecen que las penas privativas de la libertad deben tener como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados"[6].

Como se expuso, a pesar de estos argumentos en torno a la posible sustitución de la Constitución, la Corte decidió no analizar los posibles vicios competenciales relacionados con la sustitución de la Constitución,

---

Bustamante, Bernardo Goncalves Fernandes (eds.), Berlín, Springer, 2016, pp. 213-229, traducido al español como, "La reforma constitucional y su problemática en el derecho comparado", Víctor Alejandro Wong, Carolina León Bastos y Juan Luis Sosa (eds.), México, V. Lex, 2017, pp. 67–96. También el artículo de Carlos Bernal Pulido, "Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia", en Juan Carlos Henao (ed.), en *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 403-432. Desde el punto de vista critico el texto de Santiago García y Francisco Gnecco, "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía de la integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo", en *Vniversitas* (133), pp. 59-104, y el articulo de Luis Alejandro Silva y Fernando Contreras, "La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia", en: *Estudios Constitucionales*, vol. 18, n.º 1, pp. 395-434. Finalmente, el escrito de Sabrina Ragone, "La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la "sustitución" como paradigma formal y material", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 50, (marzo de 2022), pp. 99–131.

6 Ver Sentencia C- 397 de 2010.

aduciendo que no era necesario, ya que se había encontrado que en la reforma constitucional propuesta se habían cometido dos vicios de trámite de carácter insubsanable, como lo fue la entrega extemporánea del certificado de número de firmas y el cambio del contenido de la pregunta firmada por los ciudadanos[7].

Estableció la Corte, en dicha ocasión, que el certificado expedido por el registrador nacional del Estado Civil sobre el número de firmas se presentó de manera extemporánea, informal y ante una sola de las Cámaras, e indicó que dicho certificado debió ser allegado al comenzar el trámite legislativo. Así mismo explicó que, durante el proceso del trámite en el Congreso y en la aprobación final de la Ley 1327 de 2009, se presentaron cambios sustanciales del contenido de la propuesta original, que violaron el principio de identidad flexible y de consecutividad de las propuestas de referendo constitucional por iniciativa ciudadana[8]. Señaló que, estos tres cambios determinaron que el contenido de la reforma aprobada por el Congreso fuera diverso en sus efectos y en su sentido respecto de la propuesta que se estableció en la iniciativa ciudadana.

Concluyó en este caso, que teniendo en cuenta que se produjeron estos dos vicios de trámite de carácter insubsanable, no se examinarían los vicios de competencia o de sustitución en el caso concreto, ya que, "… con la ocurrencia de estas graves irregularidades en el proceso de formación de la ley que convoca al referendo, hace suficiente y clara la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley"[9].

---

7 Ver punto 6.5. Conclusiones de la Sentencia C-397 de 2010.

8 Sobre este punto la Corte comprobó que la expresión imperativa, "procederá la pena de prisión perpetua" se cambió en el Congreso por la expresión facultativa de que "se podrá imponer hasta la pena de prisión perpetua, de acuerdo con la ley". Del mismo modo se cambió la expresión "maltrato severo" por la locución "lesiones personales agravadas". Finalmente, que se incluyó un nuevo parágrafo que no fue firmado inicialmente por los ciudadanos que estableció que, "Aprobada la presente Reforma Constitucional dentro del año siguiente el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– formulará y aplicará una política de prevención tendiente a evitar la comisión de delitos contra menores de edad". *Ibid.*

9 *Ibid.*

En mi opinión, no hizo bien la Corte al no efectuar en este caso un control integral tanto de los vicios formales como competenciales relacionados con la sustitución de la Constitución; puesto que, así se generó que nuevamente se presentara la iniciativa de reforma a la Constitución relacionada con la introducción de la pena de prisión perpetua, utilizando en esta ocasión el mecanismo del artículo 375 mediante el mecanismo del acto legislativo, y dando luego a la declaratoria de inexequibilidad de la propuesta, esta vez sí por el presupuesto de la sustitución de la Constitución mediante la Sentencia C-294 de 2021 como se analizará a continuación.

2. DEMANDA, INTERVENCIONES Y CONCEPTO DEL VICEPROCURADOR

En la Sentencia C-294 de 2021 la Corte conoció la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 01 de 2020 en donde, como se explicó, se introdujo la pena de prisión perpetua para el caso del homicidio modalidad dolosa y acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir en el caso de los niños, niñas o adolescentes.

Para el caso en concreto la Corte Constitucional tuvo que analizar dos cargos presentados por el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes. El primer cargo hizo referencia a: si el legislador incurrió en un vicio de procedimiento al desconocer el principio constitucional de deliberación democrática, al ignorar lo previsto por el artículo 294 de la Ley 5ª de 1992, pues según los demandantes, la decisión de la Plenaria del Senado de que las recusaciones presentadas contra todos los miembros de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado se votara en transcurso del séptimo y octavo debate, generó que varios de los senadores de esta Comisión se abstuvieran de participar en las siguientes sesiones ante la duda de cómo proceder con la recusación y eludiendo la competencia exclusiva de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresistas en la materia[10].

---

10 En la demanda se explica que en gran parte de la discusión del séptimo y octavo debate se concentró en la procedencia de la recusación presentada por el ciudadano Esteban Salazar Giraldo, quien señaló que 32 senadores que pertenecían a la Comisión Primera,

El segundo cargo, se refirió a la posible sustitución de la Constitución en el principio de Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, y el deber del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos. Según los demandantes, las acciones de todos los poderes públicos deben: (i) estar orientadas al servicio a la persona y sus derechos, (ii) evitar aquellas acciones que, aun cuando potencialmente puedan dirigirse a la satisfacción del bienestar colectivo, cosifiquen o instrumentalicen al individuo.

Explicaron que el principio de la dignidad humana es unos de los ejes centrales del andamiaje político y jurídico a través del cual se debe hacer realidad el Estado Social de Derecho en Colombia. Así mismo señalaron que existe un "derecho a la resocialización", el cual consiste en el derecho de regresar a la sociedad en libertad y en democracia[11]. Adujeron que la pena de prisión perpetua configura un trato cruel e inhumano contra la persona y es incompatible con el derecho penal de acto y el derecho al debido proceso.

Dentro de las intervenciones ciudadanas que se presentaron, debe destacarse que los conceptos de diversas universidades coincidieron en solicitar que se declarara la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2020 porque, en su opinión, la reforma a la constitución sobre prisión perpetua revisable a los 25 años: i) afectaba elementos fundantes del Estado Social de Derecho como la dignidad humana; ii) desconocía normas y principios de orden internacional introducidos a través del bloque de constitucionalidad; iii) sobrepasaba los límites del poder punitivo del Estado; iv) contrariaba la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes; v) reforzaba el estado de cosas inconstitucionales declarado por la Corte en contextos de

---

no participaron en el debate por el temor a ser recusados. Esto, según los demandantes fue un grave error de competencia "… en la medida en que no le corresponde a la Plenaria del Senado, sino a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, tomar decisiones sobre las recusaciones".

11 En la demanda se explica que se ha reconocido el derecho a la resocialización como una forma de garantizar la dignidad humana de las personas privadas de la libertad, por lo que durante la ejecución de la pena los fines de esta que deben primar son: el de la prevención especial positiva y la reinserción social.

hacinamiento carcelario; vi) eliminaba la función de resocialización de la pena; y vii) constituía una política criminal populista[12].

Por su parte el Ministerio de Justicia y de Derecho indicó que el Acto Legislativo se debía declarar exequible, pues garantizaba los derechos de los menores como sujetos de especial protección, y que en este caso la pena de prisión perpetua no afectaba el principio de dignidad humana, porque se brindaban las garantías y el tratamiento adecuado a los reclusos en cumplimiento de las normas internacionales, constitucionales y legales.

La Defensoría del Pueblo solicitó que se declarara sentencia inhibitoria, porque los cargos de los demandantes se sustentaban en una interpretación subjetiva que carecía de certeza y suficiencia. Subsidiariamente solicitaron la exequibilidad del Acto Legislativo, pues en su criterio la reforma no sustituía la Constitución porque permitía que se realizará una revisión de la pena a los 25 años y, por ende, la modificación constitucional se ajustaba al derecho internacional de los derechos humanos, y a la Constitución.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– solicitó que se declarara la exequibilidad del Acto Legislativo, porque en su opinión la sanción de prisión perpetua que se consagra en la reforma, no elimina el principio de resocialización en cabeza de las personas privadas de la libertad. Igualmente indicó que debe primar el derecho de los niños, niños y adolescentes por ser sujetos de especial protección constitucional.

Finalmente, el viceprocurador general de la Nación[13] señaló sobre el primer cargo que no se afectó el principio de deliberación, dado que los congresistas presentaron ponencias, objeciones y votaron sobre el proyecto de reforma a la Constitución, luego analizarse las recusaciones. En relación con el segundo cargo expresó que la reforma era exequible porque los estándares de derecho internacional no prohíben expresamente la pena de prisión perpetua, dado que Colombia ratificó el Estatuto de la Corte Penal Internacional en donde se incluyó la pena de prisión perpetua

---

12 Por ejemplo, las universidades de Caldas, Javeriana, Rosario, San Buenaventura, Surcolombiana, Externado, Sucre, Nacional, Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario.

13 La procuradora general de la Nación Margarita Cabello se declaró impedida y en su lugar actuó el viceprocurador Antonio Thomas Arias.

revisable luego de cuando mínimo los 25 años, reforma a la Constitución que la Corte declaró exequible a través de la sentencia C-578 de 2002[14].

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN Y SALVAMENTOS DE VOTO

En primer lugar, la Corte analizó los dos cargos de la demanda relacionados con la posible violación del principio de deliberación por haberse tramitado las recusaciones en el séptimo y octavo debate y por la Comisión Plenaria del Senado y no por la Comisión de Ética de esta, ya que encontró que el cargo cumplía con los presupuestos de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia.

De otro lado, con relación a los cargos de sustitución de la Constitución, consideró la Corte que se dieron suficientes argumentos respecto a que la reforma podría llegar a sustituir el principio de Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, pero que en cambio no se dieron razones suficientes y específicas para comprobar que con la reforma se sustituía el principio del "deber del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos humanos" y, por ende, este cargo fue desechado.

El problema jurídico que planteó la Corte respecto a los dos cargos consistió en determinar si en la formación del Acto Legislativo 01 de 2020 incurrió en algún vicio de procedimiento relacionado: (i) con el principio de deliberación democrática al supuestamente darse un trámite inadecuado

---

14 La reforma a la Constitución para introducir la jurisdicción de la Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma se efectuó en el Acto Legislativo 02 de 2001 que reformó el artículo 93 de la Constitución. En los artículos 77 y 110 del Estatuto de Roma se introduce la pena de prisión perpetua, revisable a los 25 años. El artículo 77 establece literal b) indica que, "La Corte podrá con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes: b) La **reclusión a perpetuidad** cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado" (las negrillas son nuestras). El artículo 110 indica en el numeral 3 que, "Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen se llevará a cabo antes de cumplirse los plazos".

a las recusaciones y (ii) si con la reforma constitucional, que reformó el artículo 34 de la Constitución imponiendo como sanción la pena de prisión perpetua con revisión judicial mínimo a los 25 años, a quienes cometan conductas de homicidio en modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir, sustituye la cláusula de Estado Social de Derecho fundada en la dignidad de la persona humana.

En cuanto al primer cargo, la Corte consideró que, como lo afirman los demandantes, sí existió una irregularidad en la forma como se tomó la decisión de rechazar de plano la recusación, toda vez que la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista no conoció ni resolvió la solicitud, tal como lo estipula la ley; pero la Sala señaló que esta irregularidad no tiene la entidad suficiente para afectar la validez del trámite del proyecto de reforma constitucional, ya que no se afectó la voluntad política del Senado, ni los derechos de las minorías parlamentarias, ni la deliberación democrática[15]. Sostuvo la Corte que la recusación fue presentada en el séptimo debate del Senado, cuando ya se había dado un amplio curso a las discusiones de quienes apoyaban el proyecto y de quienes se oponían[16].

Sobre el segundo cargo, referente a la posible sustitución de la Constitución la Corte, dispuso que con la reforma constitucional se había sustituido el principio de Estado Social de derecho fundado en el principio de la dignidad de la persona humana.

Para llegar a esta conclusión la Corte efectuó el juicio de sustitución, en donde utilizó como premisa mayor la cláusula del Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana como eje definitorio de la Constitución de 1991. Estableció como premisa mayor que el Estado Social y Democrático de Derecho está fundado sobre la dignidad humana, y que de allí se desprende el presupuesto de que el ejercicio del poder punitivo

---

15 Fundamento Jurídico 33.

16 Expuso la Corte que solo nueve (9) miembros de la Comisión Primera del Senado no participaron en la última votación, pero que la ausencia de algunos congresistas recusados en los debates séptimo y octavo de la respectiva votación se dio por una determinación libre, amparada "… en su propio entendimiento sobre la figura de la recusación, el cual no guarda correspondencia con las normas y la jurisprudencia sobre la materia". Fundamento Jurídico 36.

del Estado debe realizarse a la luz de una política criminal, en la que el fin primordial de la pena privativa de la libertad sea la resocialización de la persona condenada[17].

Este eje definitorio de la Constitución lo contrastó la Corte, como premisa menor, con el Acto Legislativo 01 de 2020 en donde: (i) se eliminó la prohibición de prisión perpetua establecida inicialmente por el constituyente, (ii) incluyó la aplicación excepcional en la Constitución de la pena de prisión perpetua revisable en un plazo no inferior a veinticinco (25) años para evaluar la resocialización del condenado "cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de las conductas de homicidio en la modalidad dolosa, acceso carnal que implique violencia o sea puesto en incapacidad de resistir o sea incapaz de resistir"; y (iii) tuvo como objeto principal la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes, y específicamente, reducir los índices de reincidencia y comisión de delitos[18].

Haciendo el contraste en la premisa mayor – el eje definitorio de la Constitución – y el contenido de la reforma constitucional – premisa menor – señaló la Corte que en este caso el legislador extralimitó su poder de reforma a través del Acto Legislativo 01 de 2020 "… toda vez que cercenó y derogó un eje definitorio de la Constitución de 1991 al eliminar de la Carta la prohibición absoluta del constituyente primario sobre la pena de prisión perpetua e incluir la posibilidad de imponer esta pena para ciertos delitos".

Señaló la Corte que, "la pena de prisión perpetua significa que una persona debe pasar el resto de su vida natural en prisión, significa que, debido a la gravedad de la conducta cometida, el sistema le niega a la persona su capacidad de arrepentimiento, reflexión y cambio y lo margina para siempre de la sociedad". Así mismo explicó que, "La pena de prisión perpetua es un tipo de ejecución de pena privativa de la libertad que al final suprime la vida", y que genera una "privación de futuro, un exterminio de la esperanza". Finalmente indicó que este tipo de sanciones da lugar a, "utilizar al individuo como un medio, volver al sujeto una herramienta del poder punitivo del Estado para alcanzar fines sociales que se consideran más valiosos -prevención general-, desconociéndose que la dignidad

---

17 Fundamento Jurídico 130.

18 Fundamento Jurídico 131.

humana es un valor que se cercena al impedirle al individuo que cumplió una pena, volver a la sociedad"[19].

Sobre este eje estructural la Corte encontró que la reforma constitucional propuesta "… no cumple con los estándares para considerarla una pena respetuosa de la dignidad humana", y que, "la indeterminación de la revisión, la cual se sujeta a un tiempo y a unos hechos futuros e inciertos sustituye la Carta Política y tiene como consecuencia la vulneración de varios principios constitucionales en materia penal".

De otro lado, estableció que la finalidad esencial de las penas privativas de la libertad debe ser la readaptación y reforma social de los condenados, y que la posibilidad de revisión de la pena de prisión perpetua a los 25 años de cumplida la pena no solventa la garantía de la resocialización y el respeto de la dignidad humana del condenado[20].

En relación con este aspecto la Corte indicó que con la reforma constitucional se deja un amplio margen de configuración legislativa para la posibilidad de la reducción de la misma, en donde genera una situación de incertidumbre que vulnera el derecho a la dignidad humana de la persona privada de la libertad quien al recibir una condena de prisión perpetua no tendrá la certeza sobre su posibilidad de lograr una puesta en libertad (expectativa de liberación)[21]. De este modo, estima la Corte que, "… se somete a una amenaza constante de cumplir ciertos requisitos al interior

---

19 Cita el libro de María Angélica Pardo López; Ana Lucía Moncayo Albornoz y Ángela Marcela Delgado Olarte titulado, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia,* Bogotá, Centro de Investigación en Política Criminal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 38.

20 Para sustentar este argumento citó jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que señaló que, "… tanto el derecho europeo como internacional claramente apoyan que los reclusos, incluyéndose aquellos que están cumpliendo penas a cadena perpetua, tengan la *posibilidad de rehabilitarse y la expectativa de ser liberados si la rehabilitación se consigue*" [Párr. 114]" (Sentencia Vinter y otros vs. Reino Unido, 9 de julio de 2013). Fundamento Jurídico 147.

21 Explica la Corte que cuando se indica que la pena "deberá ser revisada en un plazo ni inferior a veinticinco (25) años" se deja el vacío de si podría ser ¿a los 26, 30, 40 años? Así mismo que no se contempla una expectativa de liberación pues depende enteramente de la valoración de resocialización que tenía la autoridad competente. Fundamento Jurídico 149.

de la prisión para lograr satisfacer los estándares de resocialización que exija la autoridad judicial de forma discrecional"[22].

Así mismo, citando a Ferrajoli[23], explica que la pena de prisión perpetua revisable no es más que una paradoja, pues el derecho a la igualdad se ve vulnerado en la medida en que se deja en manos de las autoridades judiciales, según el caso, conceder o no la libertad condicional a un condenado o a otro, y determinar el momento en que se revise la condena y los elementos de resocialización que se evalúan. Igualmente, que el principio de jurisdiccionalidad de las penas también se desconoce, toda vez que el juez no puede graduar la pena de forma equitativa, ni tampoco atenuarla o aumentarla, según las circunstancias "concretas, singulares e irrepetibles del caso"[24].

Del mismo modo, señala que el principio de proporcionalidad de la pena también se altera, pues al imponerse la pena de prisión perpetua a personas de edades diferentes, el castigo será más severo para los más jóvenes sin existir necesariamente motivos legítimos y suficientes de política criminal para mantener una persona más tiempo que a otra, tratándose de la comisión del mismo tipo penal. Resalta que, aun en el caso de que se revise la pena de prisión perpetua en un determinado tiempo de cumplimiento de la condena, su duración estará sujeta a una condición futura e incierta para el condenado, que no obedece a las circunstancias del delito – como, por ejemplo, la lesividad o culpabilidad – sino su capacidad de resocialización[25].

En este orden de ideas, la Corte concluyó que la posibilidad de revisión contemplada en la reforma constitucional, "solo permite un escenario arbitrario y lleno de incertidumbre que es inadmisible en un Estado de Derecho en el ámbito de aplicación de la ejecución privativa de la libertad", y que

---

22 Fundamento Jurídico 146. Cita para reforzar el argumento de la indeterminación la reglamentación que se realizó en la Ley 2098 de 2021, que en el artículo 5º establece que no es posible conceder la libertad condicional cuando se haya condenado a pena de prisión revisables. Fundamento Jurídico 150.

23 Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018, p. 171.

24 Fundamento Jurídico 151.

25 Fundamento Jurídico 152.

ante la falta de determinación de la revisión de la pena de prisión perpetua, a la persona condenada se le anula *de facto* el principio de reducción de la pena y su derecho a la esperanza de liberación[26].

Finalmente, sobre la intervención del viceprocurador, de que la pena de prisión perpetua ya fue aceptada en Colombia con la sentencia C-578 de 2002 y la reforma constitucional del artículo 93 de la Constitución que integró el bloque de constitucionalidad de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, la Corte señaló que: en este caso se trata de disposiciones aplicables a la comisión de delitos de relevancia internacional, como lo son los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad y el genocidio, y son normas que establecen una facultad para los jueces internacionales y no para las autoridades judiciales nacionales[27].

En suma, la Corte estableció sobre este cargo que, a través de la metodología de juicio de sustitución constitucional, se corroboró que el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana es un eje definitorio de la Constitución, y que la pena de prisión perpetua revisable puede constituir una pena, cruel, inhumana y degradante; además, que está prohibida por los instrumentos internacionales, ya que se anula y se margina definitivamente al individuo en sociedad.

Así mismo se indicó que el Acto Legislativo 01 de 2020 que reforma el artículo 34 de la Constitución para incluir la pena de prisión perpetua revisable transcurrido un mínimo de veinticinco (25) años, en los delitos cometidos contra la vida e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes, no cumple con los estándares para considerarla una pena respetuosa de la dignidad humana, ya que la indeterminación de la revisión, sujeta a unos hechos futuros e inciertos, sustituye la Constitución y tiene como consecuencia la vulneración de varios principios constitucionales en materia penal.

Igualmente indicó que acoger una sanción como la pena de prisión perpetua revisable configura un retroceso en materia de humanización de las penas, en la política criminal y en la garantía de resocialización de las personas condenadas. Así mismo señaló que, el Congreso de la República

---

26 Fundamento Jurídico 153.

27 Fundamento Jurídico 154.

transgredió su poder de reforma al incluir la pena de prisión perpetua, y sustituyó un eje definitorio de la Constitución como lo es el del Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana al introducir una concepción distinta de la persona, incompatible con su dignidad y el reconocimiento de su autodeterminación.

Por último, la Corte indicó que la pena de prisión perpetua revisable que se introduce en el artículo 34 de la Constitución, "no es una medida idónea para asegurar la protección de los niños, niñas y adolescentes víctimas de los delitos que regula, y en contraste genera efectos tan graves a la dignidad humana de la persona condenada y al sistema penitenciario actual, que no es una medida proporcional ni efectiva".

La Sentencia no fue unánime y se produjeron tres salvamentos de voto. Los magistrados que salvaron el voto fueron: Gloria Stella Ortiz, Paola Andrea Meneses y Antonio José Lizarazo.

La magistrada Ortiz indicó que, comparte la premisa de que la función de la pena de prisión perpetua en un Estado Social y Democrático de Derecho es la resocialización del individuo; sin embargo, indicó que el Acto Legislativo 01 de 2020, no anulaba esa finalidad y, por ende, señaló que la decisión de la mayoría desbordó la competencia asignada a la Corte Constitucional en el control de los actos reformatorios a la Constitución.

Explicó que, en la decisión, la Corte no ejerció un control de sustitución, sino un control material prohibido en la Constitución y nocivo para el sistema democrático ya que se evidenció: (i) una falta de rigor al adelantar el examen de aptitud del cargo; (ii) en la construcción de la premisa mayor, (iii) en la determinación del alcance del Acto Legislativo 01 de 2020 y (iv) en el examen de la alegada sustitución.

Indicó que los argumentos expuestos como fundamento de la sustitución del eje axial del Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana, consideraron únicamente la finalidad de resocialización de la pena, pero pretermitieron que la reforma constitucional también involucraba otra manifestación del mismo eje: la protección de los menores de edad contra toda forma de violencia y el carácter prevalente de sus derechos.

En su opinión el razonamiento de la sentencia se concentró en evidenciar posibles afectaciones, no sustituciones, de diferentes garantías constitucionales y la valoración sobre la ineficacia de la medida para la

protección de los menores de edad. Por estas razones concluyó que no se evidenció que el constituyente derivado, en ejercicio de la competencia de reforma, "transfigurara la Carta Política de 1991", y, por lo tanto, "no se configuró un vicio competencial que justificara la decisión mayoritaria".

Por su parte la magistrada Meneses indicó, al igual que la magistrada Ortiz, que el cargo por sustitución de la Constitución carecía de aptitud en el requisito de pertinencia. Además, consideró que los argumentos de la demanda no cumplieron con la carga argumentativa de rigor, "ya que los actores no identificaron debidamente el eje definitorio sustituido y, además, no utilizaron la metodología argumentativa de los cargos por sustitución de la CP […] pues sus reproches estuvieron dirigidos a demostrar la violación de contenidos materiales de la CP".

Así mismo, sostuvo que la prisión perpetua cubría unos delitos particulares, siempre que estos hubieran afectado a una de las víctimas en concreto, ya que el acto legislativo establecía que la pena "podrá" ser perpetua y no que "tendrá" que ser perpetua. Por último, señaló que se trataba de una medida revisable que tenía como objetivo la resocialización del individuo.

Finalmente, el magistrado Antonio José Lizarazo salvó el voto indicando que, si bien la reforma constitucional introducida en el artículo 34 de la Constitución tenía un impacto relevante en la noción de dignidad humana que subyace al concepto de Estado Social de Derecho, en particular, asociado a uno de los fines de la pena –el resocializador o de "reinserción"–, no puede decirse que anulará o sustituyera este pilar. Sostuvo que, en el control de constitucionalidad de la reforma a la Constitución lo que se produjo fue un control de legalidad que restringió en forma desproporcionada la capacidad de configuración normativa del constituyente secundario, en un ámbito en el que, por el propio diseño constitucional, se garantiza en su mayor medida el componente democrático que identifica el Estado Social de Derecho.

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La Sentencia C-294 de 2021, que declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2020, fue una decisión muy importante en la idea de establecer límites al poder de reforma en lo concerniente al tema penal, con la prohibición de la introducción de la pena de prisión perpetua revisable, incluso para

delitos atroces como la violación o asesinato de niños, niños y adolescentes. También es una sentencia relevante en establecer que este tipo de penas sustituyen el principio de Estado Social de Derecho basado en la dignidad de la persona humana, ya que este tipo de condenas no cumplen con el fin resocializador de la pena y que utiliza al individuo como un medio, y una herramienta para el poder punitivo del Estado, estableciendo la idea de prevención del delito por encima del principio de dignidad.

Sin embargo, no queda claro si esta decisión deja saldada la discusión de que, si se puede reformar la Constitución para introducir la pena de prisión perpetua para algún tipo de delitos, dado que la Corte tuvo como fundamento que en este caso la norma no era clara en qué término se realizaría la revisión de la condena, ya que los 25 años que se utilizó para la revisión de la pena era un término mínimo que dependía de hechos futuros e inciertos.

En mi opinión hubiera sido mejor que la Corte indicara que en ningún caso es permisible aprobar reformas a la constitución que introduzcan la pena de prisión perpetua, ni siquiera cuando se establece un término cierto y especifico, ya que son condenas que cambian o sustituyen aspectos estructurales de la Constitución como: el principio de dignidad de la persona humana, la resocialización del delincuente y, el de proscribir penas inhumanas o degradantes.

De otra parte, la utilización de argumentos no propios del juicio de sustitución de la Constitución, sino el de proporcionalidad como la idoneidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la reforma, evidencia que la Corte Constitucional ha empezado a utilizar, para el análisis de la sustitución de las reformas a la Constitución, elementos relacionados con el juicio de proporcionalidad y, no el clásico método de las premisas más cercanos a la subsunción[28].

---

28 Ya Gonzalo Villa Rosas había establecido que en la Sentencia C-579 de 2013 que revisó la reforma del marco jurídico para la paz se habían utilizado criterios de la ponderación, además del de subsunción. Gonzalo Villa Rosas, La Sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución, en Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013, Bogotá, Kai Ambos (ed.), Konrad Adenauer, 2014, pp. 22-101.

Aunque ya la Corte había hecho una aproximación a este tipo criterios[29], se evidencia que en este caso la Corte los utiliza como un argumento adicional al juicio de sustitución de las tres premisas. En mi criterio, la utilización de elementos de proporcionalidad en el juicio de sustitución es adecuado, ya que se provee de elementos argumentativos adicionales al juez para establecer si: una reforma constitucional sustituye la Constitución.

Sin embargo, este tipo de criterios no deben alterar la idea de que el juicio de sustitución de la Constitución lo que se está valorando, en últimas, es si se cometió un vicio de procedimiento relacionado con la competencia y, el de verificar si el mecanismo de reforma de la Constitución se está utilizando para cambiar, derogar o sustituir parcial o totalmente un elemento estructural o axial de la Constitución. Es decir que, por la introducción de criterios propios de la proporcionalidad, el juicio de sustitución no debe derivar en si la reforma constitucional es oportuna o conveniente, sino que, si en realidad se está cambiando, derogando o sustituyendo un elemento básico de la Constitución.

Finalmente, con relación al primer cargo, aunque la Corte explicó que el no haberse tramitado las recusaciones en la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista, no constituyó un vicio de relevancia constitucional para declarar la inconstitucionalidad la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2020. Este precedente no puede generar una práctica habitual que derive en que se puedan tramitar las recusaciones por cualquier instancia como la plenaria de alguna de las Cámaras, más cuando se trata de reformas constitucionales, en donde la exigencia de los requisitos formales se debe observar con mayor rigurosidad, como lo

---

29 Verbigracia en la Sentencia C-332 de 2017 que realizó el control de constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2017 (Procedimiento Legislativo Especial para la Paz o "Fast Track"). En esta decisión la Corte declaró inconstitucionales por sustitución los literales h) y j) del artículo 1º sobre que cualquier modificación a las propuestas de reforma para la implementación del Acuerdo de Paz tenían que ser aprobadas por el Gobierno, la Corte consideró que se sustituyó el principio de democracia deliberativa utilizando criterios próximos al de la proporcionalidad.

ha sostenido la Corte al analizar los requisitos de procedimiento que se relacionan con el principio de deliberación[30].

En conclusión, la Corte Constitucional en la Sentencia C-294 de 2021 declaró inconstitucional el Acto Legislativo 01 de 2020 que contenía la pena de prisión perpetua revisable en un mínimo de 25 años de condena para los delitos de homicidio doloso, o acceso carnal violento para niños, niños y adolescentes, al considerar que se sustituía el principio de Estado Social de Derecho basado en la dignidad de la persona humana. En esta decisión se fija un procedente importante en materia de la utilización de la revisión constitucional para imponer penas poco efectivas y propias del "populismo punitivo", que sustituyen presupuestos del derecho penal como el de resocialización del delincuente y la proporcionalidad de la condena.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Bernal Pulido, Carlos, "Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia", en Juan Carlos Henao (ed.), en *Diálogos constitucionales de Colombia con el Mundo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Ferrajoli, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018.

García, Santiago y Gnecco, Francisco, "La teoría de la sustitución: de la protección de la supremacía de la integridad de la Constitución, a la aniquilación de la titularidad del poder de reforma constitucional en el órgano legislativo", en *Vniversitas* (133), 2016.

---

30 Por ejemplo, ver la Sentencia C-668 de 2004 que declaró inexequible el artículo 16 de la reforma política que regulaba el número de miembros en las asambleas departamentales, por la falta de discusión, ya que el artículo declarado inconstitucional se aprobó por "pupitrazo", violando, a tenor de la Corte el principio democrático al no permitir el debate ni la participación de minorías". (Ver el artículo de Ramírez Cleves, "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad entre democracia y demagogia", *op. cit.*, p. 166).

Pardo, Angélica María; Moncayo Albornoz, Ana Lucía y Olarte, Ángela Marcela, *Consideraciones sobre la inviabilidad de la prisión perpetua en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Ragone, Sabrina, "La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la "sustitución" como paradigma formal y material", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 50, marzo de 2022.

Ramírez Cleves, Gonzalo, *Límites a la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Ramírez Cleves, Gonzalo, "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad entre democracia y demagogia", en *Revista Derecho del Estado*, n.º 21, diciembre de 2008.

Ramírez Cleves, Gonzalo, "The unconstitutionality of constitutional amendements en Colombia: the tension between majoritarian democracy and constitutional democracy", en *Democratizing constitutional law*, Thomas Bustamante, Bernardo Goncalves Fernandes (eds.), Springer, 2016.

Silva, Luis Alejandro y Fernando Contreras, "La doctrina de la sustitución de la Constitución en Colombia", en *Estudios Constitucionales*, vol. 18., n.º 1, 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia Vinter y otros vs. Reino Unido, 9 de julio de 2013).

Villa Rosas, Gonzalo, "La Sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución", en *Justicia de transición y constitución: análisis de la sentencia C-579 de 2013*, Bogotá, Kai Ambos (ed.), Konrad Adenauer, 2014.

DERECHOS DE IGUALDAD

MAGDALENA CORREA HENAO

C-062 de 2021
(Habitantes de la calle)

... O DE LA COMPLEJA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS HABITANTES DE LA CALLE

1. CONTEXTO

La sentencia C-062/2021 trata de la actuación y decisión adoptada producto de la acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 11 del art. 140 de la ley 1801 de 2016, o Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (en adelante CNSC), en la que se califica como comportamiento "contrario al cuidado e integridad del espacio público" y que por lo tanto no debe efectuarse:

... 11. Realizar necesidades fisiológicas en el espacio público

La demanda estructura sus cargos y argumentación, no respecto de tal contenido normativo, sino de su aplicación frente a las Personas Habitantes de Calle PHC, en particular por las sanciones que se imponen a quien incurra en tal conducta, al constituir una vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad[1].

Para mayor claridad en la presentación del caso, es oportuno desde ya anotar que, al momento de tomar la decisión, la Corte constitucional debió apelar a la figura de la "integración normativa", porque como resulta evidente, "se demanda una disposición cuyo contenido deóntico no es claro, unívoco o autónomo"[2]. El juez constitucional completa la proposición jurídica como quiera que "la acusación no solamente se dirige contra la descripción del comportamiento objeto de sanción [hacer necesidades fisiológicas en el espacio público] "sino también sobre su consecuencia jurídica [las sanciones de "Multa general tipo 4; Participación en programa comunitario o actividad pedagógica de convivencia"]. Como "requiere indefectiblemente del análisis de ambos elementos", juzga la constitucionalidad entonces, no sólo del numeral 11 del art. 140 del CNCS, sino también el numeral 11 del parágrafo 2º del mismo artículo.

---

1 Corte Constitucional. Sentencia C-062 del 2021, (III).

2 Corte Constitucional. Sentencia C-062 del 2021, Fundamento jurídico. 2.

No se exponen en la sentencia las razones excepcionales que explican hacer uso de la integración normativa, como habría de esperarse en general por ser una de las características con que se describe esta facultad del juez constitucional de corregir la demanda, para poder decidir de modo razonable y coherente.

Técnicamente era de esperarse, dadas las características de la figura. Sin embargo, en Colombia se entiende que no se justifique lo excepcional de corregir *ex officio* una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que, al no distinguir, impone restricciones y sanciones a las PHC cuando atienden necesidades fisiológicas que le son inherentes en el espacio público, el único espacio al que acceden. No solo por ser una cuestión constitucionalmente relevante, sino sobre todo porque involucran a un importante número de personas, que como lo dejan ver las recientes estadísticas nacionales, soportan condiciones de vida rodeadas de privación intensa de las necesidades básicas, adicciones, enfermedad, mínimos o nulos ingresos, carencia de apoyo familiar, discriminación y violencia policial[3]. Factores a los que se suma, el hecho notorio del déficit en infraestructura sanitaria disponible para que las PHC no tengan que usar como sanitario la calle[4].

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Los demandantes estiman que la aplicación de la norma acusada sobre las PHC es contraria a la Constitución, en cuanto el incumplimiento de la conducta que prohíbe "se deriva de la imposibilidad material de acceder a infraestructura sanitaria". Por ende, se afecta su dignidad al configurar "un trato degradante y humillante, debido a que les obliga a adoptar determinado modelo moral y ante un requerimiento biológico, que no tienen posibilidad

---

3 DANE, Censo de Habitantes de la Calle 2021, Resultados total general. Diciembre 2021, Bogotá, DANE, 2021. Consultado en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/censo-habitantes-calle/presentacion-chc-resultados-generales-2021.pdf. DANE, Caracterización demográfica y socioeconómica. Censo Habitantes de la Calle, 2021, Bogotá, DANE, 2021. Consultado en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/censo-habitantes-calle/caracterizacion-chc-2021.pdf.

4 Llama la atención que en la caracterización adelantada por el DANE no se encuentran datos sobre el lugar en dónde las PHC se asean, orinan y defecan.

de solucionar en otro sitio"[5]. Tanto más cuando "tiene por efecto directo transformar la opción de vida en la calle en una contravención"[6].

Viola a su vez el derecho a la igualdad de estos "sujetos de especial vulnerabilidad", pues "carece de un enfoque diferencial necesario para evitar la discriminación"[7]. Es decir, que "hace caso omiso" de su imposibilidad material de "acceder a instalaciones dignas y adecuadas para realizar sus necesidades fisiológicas"[8].

También se alega que, la medida lesiona el derecho a la intimidad de las PHC "en tanto el Estado interfiere en una esfera eminentemente privada y con un propósito correctivo"[9]. Se involucra así el "núcleo esencial del derecho"[10] puesto que "a ese ámbito pertenecen las necesidades fisiológicas, cuyo ejercicio no puede resultar limitado ni menos sancionado cuando las personas habitantes de calle no tienen alternativa diferente […]"[11].

Para los demandantes, en conclusión, la norma legal no supera un juicio de proporcionalidad, pues si bien cuenta con una "finalidad constitucionalmente importante"[12] asociada con la protección de la salud y del espacio públicos, es ineficaz instrumentalmente frente a las PHC, "ante la ausencia de cualquier otra opción para realizar sus necesidades fisiológicas […] inaplazables"[13].

De lo expuesto se deriva que las pretensiones de la demanda se orientan a que la Corte declare una constitucionalidad condicionada de la norma acusada. Como principal, "en el entendido de que, cuando dicho comportamiento sea ejecutado por habitantes de calle, se prohíba la aplicación de las sanciones dispuestas en el CNSC". Y como subsidiaria, en el entendido de que se prohíba la imposición de la multa y únicamente se aplique la

---

5 Corte Constitucional. Sentencia C-062 de 2021, (III).

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.* (VI,4)

10 *Ibid.* (III)

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

medida correctiva de participación en programas comunitarios o actividad pedagógica de convivencia"[14].

Por su parte, las intervenciones, un total de diecinueve (19), más la del Ministerio Público plantearon tres tipos de argumentos. Trece (13) de ellas, así como el Ministerio Público, estiman "que la norma acusada debe condicionarse para que las medidas correctivas no sean aplicables a las PHC"[15]. Esto por razones próximas a las de la demanda[16], pero también afirmando la vulneración de ámbitos de la autonomía individual o del derecho al libre desarrollo de la personalidad, "puesto que la sanción se fundamentaría en el hecho de habitar en calle" que es, una circunstancia reconocida por la jurisprudencia constitucional y que no puede ser objeto de estigmatización ni menos de criminalización[17].

Se alega la ineficacia de la norma, de cara a las condiciones de marginalidad de las PHC y a las estadísticas que muestran el "déficit, no solo de infraestructura sanitaria en el espacio público, sino también de centros de atención para las PHC"[18]. En esta línea, se considera que la medida se configura dentro de "un contexto de criminalización de la pobreza", basada en prejuicios que propician y explican la violencia de fuerzas policiales contra las PHC y las cifras oficiales sobre homicidios basados en "la variable "actividades vitales o relacionadas con el cuidado personal"[19].

Asimismo, se plantea que la norma no supera el juicio de proporcionalidad. En especial, el Ministerio Público afirma que, las sanciones previstas en el caso de las PHC "no logran el efecto de disuadir, prevenir, educar, proteger o restablecer la convivencia en el espacio público", existen mecanismos menos gravosos para proteger la integridad de este y el medio escogido en definitiva "para el caso particular de las PHC es desproporcionado"[20].

---

14 *Ibid.* III.

15 (Fundamentos jurídicos 4.1 y 5.1).

16 (Fundamentos jurídicos 4.2. y 4.3).

17 (Fundamentos jurídicos 4.2., 5.3).

18 (Fundamento jurídico 4.5.).

19 (Fundamentos jurídicos 4.4. y 4.5).

20 (Fundamento jurídico 5.4.).

La Corte también hace referencia a la necesidad de adoptar acciones afirmativas y al diseño e implementación de una política pública integral concebida desde entender la validez de la opción de vida de habitar en la calle, sin estigmatización y con las medidas diferenciadas pertinentes. Y en esa línea, dos intervenciones y la Procuraduría proponen la formulación de exhortos, bien para que se expida la reglamentación que desarrolle la Ley 1641 de 2013 y conforme a ella se adopte el Plan Nacional para la Población Habitante de Calle, para que los entes territoriales y el Ministerio de Salud adelanten "los programas necesarios para la habilitación de baños en el espacio público"[21].

Ahora bien, en este grupo de intervenciones el alcance del condicionamiento de constitucionalidad varía. Pues nueve (9) intervenciones y la Procuraduría lo plantean en el entendido de que "no se aplique ninguna de las sanciones previstas"; mientras que, las restantes cuatro (4) solicitan subsidiariamente que se aplique solo la medida de participación en programas pedagógicos, al resultar razonable como forma de asegurar "la convivencia y los derechos de las personas"[22].

Dos (2) intervenciones adicionales no formulan peticiones concretas, sino que aluden a aspectos generales a tener en cuenta para resolver el caso. Como la necesidad de apelar al DIDH, esto es, a la prohibición para los Estados de dar "tratamientos diferenciados injustificados, que se funden en criterios sospechosos", o que "impidan el goce de los derechos de manera igualitaria". O el desechar un enfoque higienista en la ordenación del espacio público que facilita la utilización de criterios arbitrarios sobre las PHC y en su lugar concebir políticas y decisiones que se ajusten a las necesidades de dicha población, tanto más urgentes en el marco de la pandemia por COVID-19[23].

Solo tres (3) intervenciones, todas provenientes de entidades públicas[24], solicitaron declarar la constitucionalidad simple. Sobresale, particularmente, la de la Policía Nacional cuando señala que: la medida es

---

21 (Fundamentos jurídicos 4.X, 5.4.),

22 (Fundamentos jurídicos 4.3., 5.1.).

23 (Fundamento jurídico 4.11).

24 El Ministerio de Justicia y del Derecho, la Policía Nacional y la Federación Colombiana

constitucional, porque "está llamada a ser aplicada con razonabilidad y proporcionalidad" y porque su "objetivo no es de carácter sancionatorio sino pedagógico", a los efectos de evitar "una apropiación del espacio público en perjuicio de los demás ciudadanos"[25].

3. UNA DECISIÓN COMPLETA

Tras adelantar la integración normativa señalada, con base en lo planteado por la demanda y las intervenciones, la Corte formula como problema jurídico por resolver, si:

> ¿La imposición de medidas correctivas de multa y asistencia a programas pedagógicos a las personas habitantes de calle que realizan sus necesidades fisiológicas en el espacio público vulnera su dignidad y sus derechos fundamentales a la igualdad, a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad?[26]

Para tales efectos, la Corte revisa en primer lugar las reglas sobre protección constitucional del espacio público, donde observa que este es un derecho colectivo cuya estructura se completa con la obligación correlativa o deber estatal consistente en "mantener su afectación al interés general, su integridad para ese uso común y la imposibilidad de que sea apropiado de modo que se frustren dichos objetivos". Conforme su precedente[27], la Corte reitera la intrínseca relación que guarda este derecho con "la vigencia de varias garantías superiores que requieren de espacios físicos para su desarrollo"; como lo son: la recreación, el deporte, la deliberación democrática, el ejercicio de libertades y derechos fundamentales[28]. En ese

---

de Municipios. La primera solicitó de forma subsidiaria, la aplicación de la medida correctiva.

25 (Fundamento jurídico 4.8.).

26 (Fundamento jurídico 5).

27 Corte Constitucional. Sentencias T-772 de 2003 y C-211 de 2017; Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 2002; Sentencia C-253 de 2019; Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 2004.

28 (Fundamento jurídico 11.).

sentido, la protección del espacio público se convierte en parte del "aseguramiento de la faceta prestacional de dichas garantías"[29].

En segundo lugar, a partir de la jurisprudencia constitucional[30], repasa criterios para definir la validez de las restricciones posibles al uso del espacio público, a saber, que: (i) posean una razón suficiente fincada en la protección de su integridad y el libre acceso para todas las personas; (ii) "respondan a criterios de razonabilidad", donde el Legislador está llamado a establecer los parámetros y lineamientos generales sobre la ordenación del espacio público frente a los derechos de los particulares, mediante "criterios inteligibles que constituyan una pauta clara" para la regulación de usos y administración del suelo que corresponde a las autoridades locales; (iii) estén "suficientemente delimitadas y sean proporcionadas", pues su previsión vaga o abierta, atenta "contra la garantía de acceso amplio" al espacio público y en esa medida afecta "el principio de libertad de las personas, que se expresa en el acceso al espacio público para desarrollar actividades propias de su autonomía"; (iii) sean respetuosas del derecho al debido proceso y "reconozcan los derechos de personas que por su estado de debilidad manifiesta pueden resultar afectadas desproporcionadamente en sus derechos"[31]; y (iv) no constituyan la justificación para vulnerar los derechos constitucionales "cuya eficacia se expresa en el espacio público"[32].

En tercer lugar, también con base en la jurisprudencia y el DIDH, analiza la relación de interdependencia entre la protección de la dignidad humana y la vigencia de los derechos a la autonomía personal y a la intimidad. Para tal efecto, destacó "la funcionalidad y naturaleza de la dignidad humana dentro del sistema de fuentes", para distinguirla tanto como valor constitucional o principio fundante del ordenamiento jurídico y del Estado, como principio constitucional y derecho fundamental autónomo. De entre las facetas de la dignidad humana (de libertad, de igualdad fáctica de ciertas condiciones de existencia y de intangibilidad de los bienes de la persona no

---

29 (Fundamento jurídico 11.).

30 Corte Constitucional. Sentencias C-265 de 2002, C-211 de 2017, C-253 de 2019 y C-094 de 2020.

31 (Fundamento jurídico 18).

32 (Fundamento jurídico 55).

patrimoniales)[33-34], resalta la que tiene que se relaciona con tener la facultad de autodeterminación inherente a cada individuo. La Corte entonces descompone sus significados para señalar que posee: (i) una dimensión negativa de garantía de no intromisión en las determinaciones autónomas sobre la esfera individual, y que implica en consecuencia "la prohibición constitucional de imposición de un modelo particular de virtud o de una finalidad vital específica"[35]; (ii) una dimensión positiva que permita el ejercicio efectivo de las libertades y que comporta para el Estado la obligación de otorgar las "condiciones materiales mínimas que garanticen la autonomía de la persona y, con ello, su capacidad de decidir desde una perspectiva sustantiva que impida su instrumentalización por las circunstancias que llevan a la exclusión, la marginalidad y la discriminación"[36]. Se proyecta el vínculo entre el "vivir como se quiere", con "el vivir bien", o donde se manifiesta la faceta prestacional de la dignidad humana o de los derechos en que se materializa.

Igualmente la sentencia destaca de la dignidad humana (iii) su carácter de norma "fundante y transversal para la justificación misma del Estado constitucional", lo que se traduce en "un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción" para que "todas las autoridades del Estado sin excepción", realicen todo lo que esté dentro de sus "posibilidades jurídicas y materiales"[37], para el desarrollo efectivo de todos sus ámbitos de protección[38]; y, finalmente, (iv) el carácter subjetivo de la dignidad como derecho, y por tanto exigible, particularmente en interdependencia "con la autonomía individual y la intimidad"[39].

En cuarto lugar, repasa el desarrollo en la jurisprudencia de la noción habitante de la calle, para señalar que "hoy en día […] es todo aquel que, sin distinción de sexo, raza o edad, hace de la calle su lugar de habitación,

---

33 Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

34 (Fundamentos jurídicos 18 y 21).

35 (Fundamento jurídico 21).

36 (Fundamento jurídico 22.).

37 Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

38 (Fundamento jurídico 24).

39 (Fundamento jurídico 25).

ya sea de forma permanente o transitoria, y no cuenta con la totalidad de los elementos para solventar las necesidades básicas de un ser humano"[40]. Por esto, refiere a la "inaceptable criminalización de la mendicidad", por cuanto esta decisión "implicaría inmiscuirse, sin justa causa, en la supervivencia de la población vulnerable, como condición necesaria para gozar efectivamente de todos los derechos fundamentales y satisfacer necesidades de los seres humanos"[41]. Para la Corte, las dinámicas de exclusión deben corregirse[42], activando el principio de solidaridad, más aún cuando las PHC son miembros de la comunidad que han sido desfavorecidos en la distribución de los recursos económicos y marginados de la vida social[43].

Reitera en fin la jurisprudencia en la que los derechos a la salud y a la personalidad jurídica se han amparado en favor de esta población[44] y en donde conforme "la dignidad humana, la igualdad y la libre determinación de las personas", se ha reconocido la prohibición de imponer medidas coactivas y represivas contra las PHC por el hecho, así como el "ser objeto de reproches jurídicos por la condición en la que viven"[45]. Sin embargo, precisa en seguida, que dicha protección "en modo alguno puede comprenderse como el cese de la obligación estatal de diseñar y adelantar políticas socioeconómicas que permitan superar las carencias socioeconómicas que llevan a la habitabilidad en calle". Esto es que "la condición de PHC, aunque aceptada en el Estado Social de Derecho, no es objeto de promoción ni menos puede ser comprendida como una alternativa válida", pues "genera condiciones de vida que atentan muchas veces contra la dignidad de la persona ante la inacción de las autoridades"[46].

De acuerdo con lo anterior, la Corte pasa a resolver el problema jurídico planteado, adelantando "un juicio de proporcionalidad de carácter

---

40 (Fundamento jurídico 27).

41 (Fundamento jurídico 28).

42 Corte Constitucional. Sentencia T-092 de 2015.

43 (Fundamento jurídico 29).

44 (Fundamentos jurídicos 30-34).

45 (Fundamento jurídico 35).

46 (Fundamento jurídico 35).

estricto, en la medida en previsión legal acusada afecta derechos de sujetos que están en circunstancias de debilidad manifiesta"[47].

Así, encuentra que la medida persigue un "propósito constitucionalmente imperioso", consistente en proteger la integridad del espacio público como derecho colectivo decisivo para el ejercicio de otros derechos fundamentales de naturaleza individual y colectiva[48].

Sin embargo, con relación a la idoneidad observa que esta depende de que las medidas correctivas del CNSC[49] tengan "aptitud para el logro de la convivencia". De tal suerte, "la ausencia de vínculo entre la imposición de la medida correctiva y el logro de la convivencia y la integridad del espacio público, y las consecuencias irrazonables que tiene la medida para las PHC y en términos de protección de su dignidad humana y autonomía personal"[50]. Es decir, que las medidas juzgadas, con relación a las PHC carecen de idoneidad "debido a que, en su caso, la comisión de la conducta no se deriva de una decisión autónoma, sino que responde a la falta de acceso a infraestructura sanitaria, tanto por su insuficiencia como debido a las barreras que tienen las PHC para utilizar la existente, a partir de la estigmatización y prejuicios que sufren"[51]. Por lo mismo, en el caso de tales individuos, la intención no sancionatoria sino en favor de convivencia ciudadana de las medidas correctivas tampoco se cumpliría.

El hecho notorio de la insuficiencia de infraestructura sanitaria en el espacio público, se ejemplifica con datos del distrito capital de Bogotá de 2018, de donde se concluye que tan solo 1,23% de la oferta pública de servicios sanitarios se destinan específicamente a esa función, mientras que la oferta privada plantea profundas dificultades a las PHC en virtud de los perjuicios y estigmas en su contra[52]; y, se descarta que los albergues de paso ofrezcan una solución por no estar siempre abiertos y disponibles

---

47 (Fundamento jurídico 37).

48 (Fundamento jurídico 38).

49 (Fundamento jurídico 40).

50 (Fundamento jurídico 40).

51 (Fundamento jurídico 58).

52 (Fundamento jurídico 42); Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Planeación, Estado actual del servicio de baños de acceso público en Bogotá D.C., Bogotá,

para las PHC[53]. Por ende, la multa y la asistencia al programa pedagógico, además de las innegables dificultades que representan para las PHC debido a su situación de debilidad manifiesta y exclusión, no tendrían incidencia alguna en la prevención de la conducta[54]. Y esto porque se explica en que "a comisión de la conducta no se deriva necesariamente de la falta de conciencia sobre su lesividad para el espacio público, sino en la incapacidad material de adoptar un comportamiento diferente". De modo que ni la multa ni la asistencia a ese programa, lograría que la acción no se siguiera cometiendo, "hasta tanto exista la garantía de acceso a infraestructura sanitaria"[55].

Con "las reglas jurisprudenciales" reconocidas en el precedente, se resuelve entonces el problema jurídico señalando que la norma que impone "medidas correctivas de multa y asistencia a programas pedagógicos a las personas que realizan sus necesidades fisiológicas en el espacio público", con relación a las PHC, en efecto vulnera: (i) su dignidad humana, "particularmente en sus componentes de autonomía y goce de condiciones materiales mínimas para la subsistencia", por efecto de la coacción que generan para "realizar las necesidades fisiológicas, [que] no pueden adelantarse bajo presupuestos esenciales, como es contar con un lugar adecuado para el efecto", profundizando la estigmatización que sobre ellas recae[56]; (ii) sus derechos fundamentales a la igualdad cuando omite el prodigar un trato distinto y deferente con las condiciones de extrema marginalidad y exclusión en que están las PHC respecto de "la generalidad de individuos que acceden al espacio público"[57], su derecho a la intimidad, de por sí afectada "ante la imposibilidad de ejercer privadamente un acto que por definición debe estar amparado de esa garantía"; pero que con la norma se vulnera abiertamente en tanto su ejecución, "supone la imposición de

---

Alcaldía Mayor de Bogotá, 2018. Consultado en: http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/diagnostico_banos_publicos_.pdf.

53 (Fundamento jurídico 43).

54 (Fundamento jurídico 44).

55 (Fundamento jurídico 45).

56 (Fundamento jurídico 46).

57 (Fundamento jurídico 47).

medidas correctivas […] inidóneas para mantener la integridad del espacio público"[58].

Esta conclusión da lugar a que, como correctivos, se declare "la exequibilidad condicionada" no del componente normativo que consagra como comportamiento contrario al cuidado e integridad del espacio público orinar y defecar en el espacio público (artículo 140, núm. 1º), sino del que establece su consecuencia jurídica o las medidas correctivas de multa y programa pedagógico (parágrafo 2º del artículo 140 de la Ley 1801 de 2016). Esto "en el entendido de que dichas consecuencias jurídicas no pueden aplicarse respecto de las personas que habitan la calle"[59]. Y en cuanto persiste el déficit de infraestructura sanitaria disponible, la Corte conforme las obligaciones estatales que se derivan de la Constitución y de la Ley 1641 de 2013, exhorta "a las autoridades municipales y distritales" para que diseñen y en todo caso implementen "una política pública que garantice el acceso universal a infraestructura sanitaria en el espacio público, la cual sea disponible a las personas que habitan en la calle[60].

Conviene destacar de la sentencia, el visible el interés en precisar los alcances de la decisión adoptada y que se podría organizar en seis (6) argumentos. Así cuando señala (i) que "el carácter desproporcionado de las medidas correctivas se restringía a su falta de idoneidad en el caso particular de las PHC"; (ii) que era "evidente" o no se cuestionaba su "validez constitucional" frente a "las demás personas", o "tratándose de otros grupos poblacionales"[61]; (iii) que para todas ellas "resulta imperativa la imposición de estas medidas dirigidas al logro de la convivencia, que en el caso particular se traduce en el goce de un ambiente sano y un entorno urbano apto para el ejercicio de los derechos constitucionales que se sirven espacialmente de este"[62]. Es decir, que lo resuelto: (iv) "no puede comprenderse, en modo alguno, como una manera de validar el uso del espacio

---

58 (Fundamentos jurídicos 5, 48, y 58).

59 (Fundamento jurídico 58 y resolutiva primera).

60 (Fundamento jurídico 58 y resolutiva segunda).

61 (Fundamento jurídico 58 y 59).

62 (Fundamento jurídico 49).

público para la ejecución de dicho comportamiento"[63]; y (v) responde "a la comprobación sobre la actual inexistencia de condiciones materiales para que las PHC puedan realizar sus necesidades fisiológicas en un lugar distinto al espacio público"[64].

La Corte profundiza en este elemento fáctico que da por demostrado[65], a través de la valoración de los desarrollos normativos y de política pública existentes en cumplimiento del deber de provisión y acceso universal a infraestructura sanitaria en el espacio público, considerado presupuesto material básico para el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales de todas las personas que interactúan en él, deber que, por las razones expuestas, se acentúa en favor de las PHC[66]. En particular, analiza el proyecto del Ministerio de Salud y Protección Social de agosto de 2019, para la "atención diferencial en salud" de este grupo poblacional[67], de acuerdo con las competencias de la Nación y las entidades territoriales en torno a la regulación del espacio público y los lineamientos fijados por el Legislador "para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle" en la Ley 1641 de 2013[68]. A su respecto el juez constitucional observa con deferencia, que su contenido apunta a la concreción de obligaciones claras para que las alcaldías y gobernaciones doten al espacio público de tal infraestructura, "en condiciones de equidad para todas las personas y con especial énfasis en las PHC". No obstante, advierte enseguida sobre "la necesidad de seguir trabajando en la identificación precisa de los mínimos de la acción estatal" para proteger el espacio público y los derechos de sus usuarios, a fin de evitar, como en el caso analizado, que uno y otros

---

63 (Fundamento jurídico 58).

64 (Fundamento jurídico 49.2).

65 (Fundamento jurídico 50).

66 (Fundamento jurídico 49.3)

67 Oficina de promoción social–Grupo Gestión Integral Para la Promoción Social Equipo Habitanza en calle, Lineamiento para la atención integral en salud de la población en situación de calle. Transversalización del enfoque diferencia, Bogotá, Ministerio de Salud y Protección Social, agosto 2021. Consultado en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/lineamiento-atencion-integral-salud-poblacion-situacion-calle.pdf.

68 Corte Constitucional. Sentencia C-062 de 2021, (Fundamentos jurídicos 51-52).

sean afectados, por la "disposición inadecuada de residuos biológicos" y la exposición a condiciones insalubres o inseguras[69].

Por esto, como último descriptor de los efectos de la decisión, determina que (vi) estos operan "sin perjuicio de que en el futuro el Legislador esté facultado para restablecer la medida acusada cuando se demuestre la superación de las barreras para que las PHC accedan a infraestructura sanitaria en el espacio público"[70]. Pero deja sentado la Corte que, "revertir los efectos de la cosa juzgada en este caso implica una carga probatoria específica para el Legislador y para las entidades territoriales", de que se ha cumplido adecuadamente con los deberes estatales. Esto es, que la medida debe adoptarse no solo tras un "debate democrático suficiente" sino producto de valorar, según las particularidades de cada entidad territorial, "si se han superado las condiciones fácticas" que en este asunto han determinado declarar desproporcionada la imposición de las medidas correctivas a las PHC. Aunque para la Corte, en todo caso, "constituiría una grave afectación del acceso al espacio público, [...] omitir la imposición de medidas correctivas a las PHC ante la superación de las barreras para el acceso de esa población a la infraestructura sanitaria[71].

4. SENTENCIA SIN SORPRESAS. UNAS DE CAL Y OTRAS SON DE ARENA

La riqueza de la sentencia C-062 de 2021 como fuente del Derecho amerita una valoración sobre algunos elementos de sus aspectos procesales, sustanciales, normativos e institucionales.

4.1. ASPECTOS PROCESALES

Como se apreció en el proceso de constitucional tuvo lugar una participación muy activa de entidades estatales, personas individuales, universidades, clínicas jurídicas, centros de investigación. Pero, además, muchos de los

---

69 *Ibid.* (Fundamento jurídico 52).

70 *Ibid.* (Fundamento jurídico 59).

71 (Fundamento jurídico 53).

análisis que adelantó la Corte se inspiraron en lo planteado en las intervenciones. Se evidencia aquí el talante deliberativo de la acción pública de inconstitucionalidad[72].

Por ser un juicio de control objetivo, en principio la Corte no tendría por qué requerir de pruebas sobre situaciones de facto. Con todo, es una situación de facto, esto es la insuficiencia de infraestructura sanitaria en el espacio público al acceso de las PHC, la que sirve de fundamento para declarar la constitucionalidad condicionada de la previsión normativa juzgada. Esta situación se reconoce como hecho notorio y con referencias estadísticas ejemplificativas de Bogotá se da por demostrada.

4.2. ASPECTOS SUSTANCIALES

Desde la perspectiva del Derecho de los derechos fundamentales y desde el DIDH, el asunto tratado en la sentencia C-062/2021 se podría considerar un caso "no difícil". Esto por cuanto para su solución la Corte constitucional cuenta con claras subreglas establecidas por el precedente constitucional, sobre el alcance de los bienes jurídicos en tensión. De una parte, el espacio público como bien constitucional, los límites que su protección admite y la relación de interdependencia con los demás derechos individuales y colectivos que se ejercen en él. De otra, el trato especial que por parte del estado merecen por su condición de vulnerabilidad, los sujetos de derechos en torno de los que giran el problema planteado, a saber, las personas habitantes de la calle.

La claridad de las subreglas llega al punto de aproximarse a un caso para la aplicación de la cosa juzgada material. No se demanda en este caso "una disposición formalmente distinta, pero cuyo contenido normativo es idéntico al de otra que fue objeto de control de constitucionalidad"[73], pero sí muy cercano a él. Esto dado que la jurisprudencia constitucional en diversas decisiones previas había estudiado normas otras normas del CNSC, en las que se prevén medidas sancionatorias y correctivas por comportamientos

---

72 Jorge Ernesto Roa Roa, *La acción pública de inconstitucionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

73 Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2021.

o actuaciones en el espacio se han declarado bien inconstitucionales "por establecer una discriminación injustificada contra los habitantes de calle"[74], o por violación del libre desarrollo de la personalidad[75], bien constitucionales de modo condicionado o en el entendido de que no se apliquen sobre personas en situaciones de debilidad manifiesta o pertenecientes a grupos de especial protección, por resultar violatorio de sus derechos a la dignidad humana y la igualdad material[76].

4.3. ASPECTOS NORMATIVOS

Los fundamentos normativos de la sentencia son la Constitución y la jurisprudencia. Aun cuando se plantea por algunos intervinientes, la Corte no adelanta un control de convencionalidad de la norma legal, aunque emplea como criterio hermenéutico relevante para reconocer el valor de la dignidad en el sistema de fuentes, la jurisprudencia de la Corte Interamericana que desde la decisión de fondo del caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*[77], reconoce a la dignidad humana como derecho protegido por la CADH, "y lo vincula con el deber de los Estados de garantizar los derechos previstos en ese instrumento internacional"[78].

En cuanto a lo que resuelve, no solo consistió en declarar inconstitucional la aplicación de las medidas correctivas a la conducta de realizar necesidades fisiológicas en el espacio público cuando esta se realiza por PHC, pues no había más remedio dada la infraestructura sanitaria en el espacio público existente. También reconoció, abiertamente, la constitucionalidad

---

74 Corte Constitucional. Sentencia C-281 de 2017.

75 Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2019.

76 Corte Constitucional. Sentencia C-211 de 2017.

77 *Cfr.* Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, *supra,* párrs. 165 y 166, y Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 168.

78 (Fundamento jurídico 25).

de la disposición que consagra tales medidas respecto de todas las demás personas[79].

Lo que en ese caso la Corte no decide del todo, es la relación entre habitabilidad en la calle y dignidad humana. Por las subreglas que se formulan en cuanto a los alcances del fallo, se podría entender que se inclina por considerar lo segundo: Que es indigno para las PHC no tener otro sitio para hacer sus necesidades fisiológicas que la calle. Aun así, debe proteger esta única alternativa de sanción o corrección, porque tales actos son inherentes a la persona humana. Esto ha ocurrido a lo largo de la historia de la legislación y también de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre las PHC[80], pues no hay una respuesta satisfactoria para describir desde un principio y derecho de tan complejo significado[81], una problemática humana, social, urbana y ambiental como la que representa la habitabilidad en la calle.

La aceptación de ser una opción de vida no reprochable *per se*, debe estar precedida de la decisión libre. Con todo, esta comprensión del habitante de calle como un Hermógenes, que ha elegido esa vida "como si se tratase de una alternativa verdaderamente libre y autónoma", no cuenta siquiera con mínimas premisas fácticas. De allí que Magaldi y Rodríguez hayan destacado de la sentencia T- 043 de 2015, el haber cuestionado el "exagerado énfasis en la libertad individual", en el derecho a la no intromisión en la decisión de vivir en la calle o en el rechazo abierto al desarrollo de políticas perfeccionistas, porque "tiende a conducir a respuestas insuficientes por parte del Estado"[82].

---

79 Valdría indagar si no cabría otros supuestos basados en la persona, como sucedió en la sentencia C-329 de 2019.

80 Entre otras, sentencias C-040 de 2006, T-043 de 2015, C-385 de 2014, T-120 de 2010, T-092 de 2015, T-436 de 2003, T-323 de 2011, T-088 de 2021. *Vid* al respecto, Diana Carolina Pinzón Mejía y Julián Eduardo Prada Uribe, "El discurso de la Corte Constitucional Colombiana en torno al concepto de habitante de la calle", en *CES Derecho*, 10(1), 2019, 489–504. Consultado en: https://doi.org/10.21615/cesder.10.1.8

81 Jeremy Waldron, *Democratizar la dignidad. Estudios sobre la dignidad humana y derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

82 Alejandro Magaldi Serna y Pablo Enrique Rodríguez Pineda, "La evolución del tratamiento jurídico de la habitanza de calle en Colombia", en *¡La calle para siempre! Los*

Por su parte el exhorto de la sentencia es con lo que, paradójicamente, se enfrenta la cuestión central que plantea el problema jurídico. Pues son las carencias en disposición de infraestructura sanitaria en el espacio público a la que puedan tener acceso las PHC lo que está a la base de la solución del caso. Y, suplir dichas carencias sería lo que resuelve la necesidad de inaplicar unas medidas correctivas, que se consideran constitucionalmente plausibles para proteger la integridad del espacio público.

La Corte, sin embargo, técnicamente se ve limitada a formular una medida sin poder vinculante, por división de funciones y por razones de competencia, en cuanto ejerce el control de constitucionalidad de una norma legal que no perfila una política pública sino, simplemente, que impone una consecuencia jurídica correctiva a un comportamiento que considera contrario al cuidado e integridad del espacio público. Es también el tipo de acción lo que explica por qué la Corte no recurre a declarar un "estado de cosas inconstitucional", pues la situación que analiza no es fáctica sino normativa, si bien es un estado de cosas notorio lo que explica el sentido de su decisión.

4.4. ASPECTOS INSTITUCIONALES

La atención de las PHC no se ha producido solo por la Corte Constitucional.

En la sentencia C-062/2021 se evidencia que desde la Ley 1641 de 2013 se formularon los lineamientos para una política pública de atención a las PHC. Es decir que, dentro unos mínimos posibles, el legislador ha cumplido su labor. No obstante, también se observa que hasta en que la Corte tomó la decisión y a hoy, no se encuentra un desarrollo reglamentario nacional que concrete los aspectos del diseño e implementación de una política. Desde la sentencia T-043 de 2015, la Corte ya había exhortado sin éxito, al Gobierno Nacional, y sus autoridades responsables a culminar "a la mayor brevedad posible el proceso de socialización y formulación de la política pública para los habitantes de la calle" prevista en la Ley 1641 de 2013.

---

habitantes de las calles bogotanas, entre el síndrome de Diógenes y la seguridad social en salud, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

A nivel nacional, se ha levantado el censo de las PHC que previó la ley, pero por sus resultados es solo representativo[83] y limitado en la caracterización de las condiciones de vida y en la identificación de necesidades específicas. Por lo demás, existe todavía tan solo un proyecto de decreto reglamentario del Ministerio de Salud, que fundamentalmente conforma y asigna a una enorme Comisión Intersectorial para el Desarrollo de la Política Pública Social para Habitantes de la Calle, funciones de las que sobresale: "la de formular y aprobar el Plan Nacional de Atención Integral a las Personas Habitantes de la Calle–PNAIPHC, con fundamento en las bases señaladas en el anexo técnico" que en el proyecto se incorpora (Artículo 3º). En el nivel local, se conoce de algunas políticas públicas que se han ocupado de las PHC[84], pero no de estudios de seguimiento en los que se aprecien sus logros, deficiencias, singularidad o replicabilidad.

Asumir las funciones de juez constitucional de forma razonable es definitivo en el Estado de derecho constitucional. Pero lo es también asumir las funciones legislativas, gubernamentales y administrativas con eficacia y control de resultados, por ser la base normativa, institucional, operativa, presupuestaria con que se materializan los derechos y mandatos y los fines constitucionales. Es decir que, la situación de las PHC necesita ante todo de decisiones y acciones políticas y de política pública concebidas y ejecutadas a partir de los principios de integralidad, interseccionalidad, solidaridad, suficiencia de recursos, sostenibilidad[85], lo cual no se puede

---

83 De cara a los datos registrados por el censo 2017/2019. MSPS 2020. Fuente: Censos DANE 2017/2019, donde se verifica un número de 22.790 PHC, frente a los apenas 6.248 que se muestran en el censo de 2021.

84 Política Púbica Distrital del Fenómeno de Habitabilidad de calle (PPDFHC), adoptada, mediante Decreto 560 de 2015. Alcaldía Bogotá, Secretaría Distrital De Integración Social, 2020, Informe de Seguimiento Plan de Acción – Política Pública Distrital del Fenómeno de Habitabilidad de Calle, p. 2. Consultado en: http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/08-07-2020_informe_de_seguimiento_plan_accion_ppdfhc.pdf).

85 Vicente Marbán Gallego y Gregorio Rodríguez Cabrero, "Las políticas sociales de lucha contra el sinhogarismo en la Unión Europea y España: alcance, efectividad y principales limitaciones y prioridades", en *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, Revista de servicios sociales,* 72, 2020, p. 8, Consultado en: https://doi.org/10.5569/1134-7147.72.01

suplir a través de decisiones judiciales, por garantistas o constitutivas de posiciones jurídicas de derecho u obligaciones positivas que sean.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría Distrital de Planeación, Estado actual del servicio de baños de acceso público en Bogotá D.C., Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, 2018. Consultado en: http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/diagnostico_banos_publicos_.pdf

Corte Constitucional. Sentencia C-265 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002.

Corte Constitucional. Sentencias T-772 de 2003.

Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 2004.

Corte Constitucional. Sentencia T-092 de 2015.

Corte Constitucional. C-211 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C-281 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia C-253 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 2020.

Corte Constitucional. Sentencia C-039 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia C-062 del 2021.

Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 168.

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, supra, párrs. 165 y 166.

DANE. Caracterización demográfica y socioeconómica. Censo Habitantes de la Calle, 2021, Bogotá, DANE, 2021. Consultado en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/censo-habitantes-calle/caracterizacion-chc-2021.pdf.

DANE. Censo de Habitantes de la Calle 2021, Resultados total general. Diciembre 2021, Bogotá, DANE, 2021. Consultado en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/censo-habitantes-calle/presentacion-chc-resultados-generales-2021.pdf.

Magaldi Serna, Alejandro y Rodríguez Pineda, Pablo Enrique, *La evolución del tratamiento jurídico de la habitanza de calle en Colombia, en ¡La calle para siempre! Los habitantes de las calles bogotanas, entre el síndrome de Diógenes y la seguridad social en salud*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2021.

Marbán Gallego, Vicente y Rodríguez Cabrero, Gregorio, "Las políticas sociales de lucha contra el sinhogarismo en la Unión Europea y España: alcance, efectividad y principales limitaciones y prioridades", en *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria, Revista de servicios sociales*, 72, 2020, Consultado en: https://doi.org/10.5569/1134-7147.72.01.

Oficina de promoción social–Grupo Gestión Integral Para la Promoción Social Equipo Habitanza en calle, *Lineamiento para la atención integral en salud de la población en situación de calle. Transversalización del enfoque diferencial*, Bogotá, Ministerio de Salud y Protección Social, agosto 2021. Consultado en: https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/lineamiento-atencion-integral-salud-poblacion-situacion-calle.pdf

Pinzón Mejía, Diana Carolina y Julián Eduardo Prada Uribe, "El discurso de la Corte Constitucional Colombiana en torno al concepto de habitante de la calle", en *CES Derecho*, 10(1), 2019. Consultado en: https://doi.org/10.21615/cesder.10.1.8

Política Púbica Distrital del Fenómeno de Habitabilidad de calle (PPDFHC), adoptada, mediante Decreto 560 de 2015. Alcaldía Bogotá, Secretaría Distrital De Integración Social, 2020, Informe de Seguimiento Plan de Acción – Política Pública Distrital del Fenómeno de Habitabilidad de Calle. Consultado en: http://www.sdp.gov.co/sites/default/files/08-07-2020_informe_de_seguimiento_plan_accion_ppdfhc.pdf.

Roa Roa, Jorge Ernesto, *La acción pública de inconstitucionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

Waldron, Jeremy, *Democratizar la dignidad. Estudios sobre la dignidad humana y derechos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

PAULA ROBLEDO SILVA
MARIANA MEDINA BARRAGÁN

C-102 de 2021
(Exención de IVA a dispositivos de higiene menstrual)

LA EXENCIÓN A TODAS LAS TECNOLOGÍAS PARA LA GESTIÓN MENSTRUAL: UN PASO ADELANTE HACIA LA EQUIDAD TRIBUTARIA

1. CONTEXTO

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, "la facultad impositiva se enmarca dentro de la función del Estado de intervenir en la economía por mandato de la ley para su racionalización, con el fin de conseguir en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo"[1].

La Corte también ha establecido que dicha facultad deberá servir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho[2][3], de suerte que, a través de ella corresponde al Estado asegurar en la mayor medida posible que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos, contribuyendo con ello a corregir –con medidas redistributivas– las situaciones de grave desigualdad e inequidad existentes en la sociedad[4].

---

1 Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2016.

2 La jurisprudencia constitucional ha señalado que la definición del Estado Social de Derecho se erige en cuatro principios esenciales que delimitan la función estatal: la igualdad (preámbulo y arts. 1º y 13 superiores), la solidaridad (arts. 1º y 95 superiores), la dignidad humana (art. 1º superior) y el trabajo (preámbulo y arts. 1º, 25 y 53 superiores). Al respecto ver, entre otras, la Sentencia C-776 de 2003.

3 El artículo se fundamenta y reproduce literalmente algunas de las reflexiones presentadas por las autoras en su intervención –en representación de la Defensoría del Pueblo– en el control de constitucionalidad que la Corte Constitucional realizó a los artículos 185 y 188 del Estatuto Tributario. Algunas de estas también fueron incluidas en el "Volumen III: Violencias protagonizadas por el Estado" de la "Serie Punto de Encuentro" publicada por la Defensoría del Pueblo, de autoría de la profesora Carolina Vergel Tovar y de Mariana Medina Barragán.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.

En este sentido, si bien existe un amplio margen del legislador para determinar los tributos, también han sido establecidos claros límites a su poder, con el fin de garantizar que estos cumplan con su propósito y no afecten los derechos fundamentales de la población.

Pese a lo anterior, hasta 2018, los gravámenes sobre las tecnologías para la gestión menstrual habían escapado a un escrutinio constitucional que permitiera develar su falta de correspondencia con los deberes del Estado en materia fiscal, y la repercusión de estos sobre la vida de las mujeres y niñas[5].

Gravar estos bienes implica incrementar su costo y, por tanto, reducir el acceso a los mismos, en particular para la población femenina con menos capacidad adquisitiva. Esto es de la mayor importancia si se tienen en cuenta las condiciones estructurales de desigualdad entre hombres y mujeres que persisten en el país, en las que estas últimas continúan siendo la población con menos recursos económicos, lo que tiene significativas consecuencias para su desarrollo.

Un factor aparentemente intrascendente como la posibilidad de comprar dichos elementos impacta directamente en sus derechos a la salud, educación, trabajo y participación social, e incrementa la brecha que existe respecto a las garantías de las que goza la población masculina para ejercerlos, lo cual desconoce los múltiples compromisos que tiene el Estado colombiano para eliminar esa distancia.

Lo anterior fue constatado por la Corte Constitucional en la sentencia C-117 de 2018, en la que estudió la demanda interpuesta en contra del aparte del artículo 185 de Ley 1819 de 2016 que disponía gravar con el 5 % del impuesto sobre las ventas (IVA) a las compresas y tampones higiénicos. En dicha oportunidad, le correspondió determinar si la norma acusada

---

5 A partir del Decreto 1988 de 1974, compresas y tampones higiénicos empezaron a ser objeto de la tarifa general del IVA. Posteriormente, mediante el artículo 424 de la Ley 488 de 1988, en concordancia con el carácter de bien básico e insustituible para las mujeres y niñas, se determinó que estos elementos no causarían el impuesto, y sería la Ley 788 de 2002 la que, en un claro retroceso para la garantía de los derechos fundamentales para esta población, volvería a gravar dichos productos con la tarifa general del IVA. La última reforma tributaria, Ley 1819 de 2016, los incluyó en la tarifa del 5%, lo cual fue corregido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-117 de 2018.

vulneraba los principios de igualdad, equidad y progresividad tributarias al imponer el cobro del IVA a bienes utilizados únicamente por la población femenina, sin tener en cuenta su capacidad económica, y si además ello resultaba discriminatorio, por tratarse de elementos utilizados exclusivamente por mujeres y niñas para atender parte de las manifestaciones de un proceso biológico inevitable propio de estas, como lo es el período menstrual[6].

Teniendo en cuenta el contexto de la disposición que grava con el IVA algunos de los elementos para la gestión menstrual, y bajo el entendido de que compresas y tampones higiénicos son bienes irremplazables para la población femenina -pues no existen otros que puedan suplirles y se constituyen en elementos de primera necesidad-, así como haciendo uso de interesantes herramientas hermenéuticas[7], el Alto Tribunal determinó que dicha tarifa no es razonable en nuestro orden constitucional. Ello por cuanto, en primer lugar, correspondía al legislador la carga de determinar por qué persistía la imposición del gravamen a estos elementos en la reforma tributaria; en segundo lugar, debido a que no existen políticas públicas que compensen las barreras de acceso a estos elementos a las mujeres y niñas con menos recursos económicos; y finalmente, porque la capacidad adquisitiva de la población femenina está supeditada por, al menos, cuatro "presupuestos de desventaja en la participación económica que generan que este tipo de medidas tengan un impacto desproporcionado para ellas, en especial para las mujeres más pobres"[8].

---

6 Para un análisis de la Sentencia C-117 del 2018, ver: Paula Robledo Silva y Mariana Medina Barragán, "Dos pasos adelante y uno atrás: protección de los derechos de las mujeres en la jurisprudencia constitucional colombiana de 2018", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 23(2), 2019, pp. 541-558. Consultado en: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.18.

7 Este pronunciamiento propuso una metodología que combina el análisis de la discriminación indirecta con el de la discriminación interseccional para el estudio del tributo cuestionado. En el examen de la imposición del IVA a los elementos de higiene femenina, la Corte, adicionalmente, acogió los criterios propuestos por Barnett y Grown, centrados en la necesidad de reparar en cuatro hechos comunes que determinan el impacto de las políticas tributarias en la igualdad de las mujeres.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-117 de 2018.

En consecuencia, la Corte concluyó que el tributo, "… al gravar las toallas higiénicas y los tampones, viola el principio de equidad tributaria pues impone barreras al acceso de tecnologías que actualmente permiten el pleno ejercicio del derecho a la dignidad de las mujeres, su participación en la vida pública, al igual que la protección de los derechos a la salud, a la educación y al trabajo y a la dignidad humana. En ese sentido, la disposición tiene un impacto desproporcionado para las mujeres con baja capacidad adquisitiva que no tienen la opción de reemplazarlos con otros bienes similares que resulten más económicos o no estén gravados ni generen riesgos para la salud"[9].

A partir de las anteriores reflexiones, ordenó incluir los elementos de higiene menstrual dentro de los bienes exentos de tributos. Sin embargo, salvo por un par de menciones aisladas dentro de sus consideraciones a bienes similares para la gestión menstrual, en esta providencia la Corte no entró a analizar si el gravamen a otros elementos destinados a ese propósito, como ocurre, por ejemplo, con las copas menstruales, constituía también una vulneración a los derechos de las mujeres y un desconocimiento de los principios que deben orientar la política fiscal del Estado.

Así pues, aunque con este pronunciamiento Colombia entró dentro del aún restringido listado de países que han comprendido que el deber de avanzar en la garantía del derecho a la igualdad de las mujeres y las niñas necesariamente pasa por la adopción de medidas de justicia tributaria y económica, para un grupo de ciudadanos aún resultaba necesario que la Corte ajustara el Estatuto Tributario con el fin de que, dentro de los bienes exentos de impuestos, fueran incluidas las demás tecnologías para la gestión menstrual.

De esta manera, en febrero del 2020, el Alto Tribunal admitió una nueva demanda, esta vez, dirigida contra el artículo 188 de la Ley 1819 del 2016. La censura sostenía que al haberse incluido las toallas higiénicas y los tampones en la lista de bienes exentos del IVA (a partir de la sentencia C-117 del 2018), se evidenciaba una omisión relativa en relación con otros artículos similares, como las copas menstruales, entre otras, que deberían correr con la misma suerte de sus homólogas, en materia tributaria.

---

9 *Ibid.*

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

La demanda sostenía que, al no incluirse dentro de los bienes exentos de IVA otros productos que cumplen el mismo propósito de las toallas higiénicas y los tampones, se violaban los artículos 13 (igualdad y no discriminación), 16 (libre desarrollo de la personalidad), 43 (igualdad de género), 49 (salud), 79 (medio ambiente sano) y 363 (equidad, eficiencia y progresividad tributarias) de la Constitución Política; así como también la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para sustentarlo, argumentaron que el gravamen tributario a los demás artículos para la gestión menstrual exigía la aplicación de un *test* de igualdad, examen que no lograba superarse, al ser evidente la imposición de una carga tributaria a una necesidad biológica exclusiva de las mujeres y las niñas, la cual establece una diferencia injustificada y discriminatoria en su contra. En concreto, siguiendo la línea argumentativa utilizada por la Corte en la sentencia C-117 del 2018, explicaron la forma en que la imposición de este impuesto aumentaba las barreras y los límites para la autonomía de la población femenina. Así mismo, señalaron que un análisis a partir de la equidad vertical -como el que había dejado implícito el Alto Tribunal en la providencia en mención- no era constitucionalmente admisible, en la medida en que con este se afectaba la capacidad de decidir, gestionar y optimizar los recursos por parte de las mujeres y desconocía que todos los productos para la gestión menstrual ostentaban la categoría de primera necesidad.

Por último, aseguraron que la limitación de la exención tributaria a toallas y tampones higiénicos desconocía las ventajas en materia de salud y medio ambiente que otros bienes similares tienen, obstaculizando el uso de medios más seguros para la gestión menstrual por parte de las mujeres, los cuales, además, resultan más amigables para el medio ambiente.

Sumado a lo anterior, y considerando la similitud que tenía esta nueva demanda con la que la Corte analizó en el 2018, los demandantes sustentaron la inexistencia de la cosa juzgada constitucional. En concreto señalaron que no concurría ninguno de los tres elementos -identidad de

objeto, identidad de *causa petendi* e identidad de parámetro de constitucionalidad-, en la medida en la que la nueva demanda versaba sobre una norma diferente, se solicitaba la declaración de una omisión normativa y había ocurrido una variación de la significación material de la constitución con la sentencia C-117 del 2018, así como una diferencia sustancial en los cargos de la demanda. Después de todo, en esta oportunidad se alegaba también la violación a la salud y al medio ambiente sano, entre otras cosas.

Una vez admitida la demanda, la Corte recibió intervenciones de la presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda, la Defensoría del Pueblo, el Instituto Colombiano de Derecho Tributario, las universidades del Rosario, Libre, Externado y Caldas, un grupo de congresistas y al menos tres escritos ciudadanos. Salvo por la participación de la presidencia y el Ministerio de Hacienda, todas las intervenciones estuvieron orientadas a defender la inexequibilidad de la norma al entenderse que los demás artículos similares a las toallas higiénicas y a los tampones, como las copas menstruales y asimilables estaban o debían estar incluidos en el listado de productos exentos de IVA. En ese mismo sentido fue el concepto del procurador general de la Nación.

Sin embargo, las intervenciones de la presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda defendieron la constitucionalidad de la norma a partir de la libertad de configuración legislativa en materia impositiva, argumentando que no existía una omisión legislativa y, sustentando la imposición del tributo general sobre las copas menstruales y productos asimilables al considerarlos sustituibles.

Una vez concluido el periodo para intervenir y, tras practicar algunas pruebas por parte del Instituto Nacional de Salud, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, la Fundación Oriéntame y el *Menstrual Helath Hub*, la Corte Constitucional analizó el fondo del caso. Para ello, estudió si el artículo 188 desconocía "principios como la dignidad, la igualdad y la equidad tributaria -al no distinguir entre productos similares como las copas menstruales utilizados exclusivamente por el género femenino- o no incluirse otros análogos -presunta omisión legislativa relativa-"[10].

---

10 Corte Constitucional. Sentencia C-102 de 2021.

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

En concreto, la Corte analizó cinco grandes cuestiones para llegar a resolver el fondo del asunto: (i) la cosa juzgada constitucional, (ii) la incidencia de la sentencia C-117 del 2018, (iii) las copas menstruales y otras tecnologías disponibles, (iv) las brechas de género entre hombres y mujeres en materia laboral y económica, y (v) la perspectiva de género en las políticas tributarias.

Con respecto a la cosa juzgada constitucional, la Corte Constitucional consideró que no se configuraba en el entendido de que el objeto era diferente. En concreto, aclaró que en la sentencia C-117 del 2018 se analizó el gravamen a las toallas higiénicas y tampones, mientras que, en esta oportunidad, el análisis se debía enfocar en la exención tributaria. En ese mismo sentido, estimó que la causa *petendi* era distinta, en la medida en que en esta oportunidad se pedía ampliar la exención, proteger la salud de las mujeres y el medio ambiente sano. También se diferenciaba en el entendido que, en esta oportunidad se pedía a la Corte analizar cuidadosamente el impacto sobre las mujeres, más allá de la lógica vertical que había utilizado en algunas consideraciones de la sentencia C-117 del 2018. Finalmente, admitió que los parámetros de constitucionalidad eran otros, al incluirse en esta demanda cargos relacionados con el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente sano.

Superado el análisis sobre la cosa juzgada constitucional, la Corte se centró en la incidencia que había tenido la decisión del 2018. De allí que trajera a colación las principales conclusiones a las que había llegado en dicha ocasión y cómo incidían en los derechos de las mujeres. En esa medida, recordó nuevamente los límites a la libertad legislativa en materia impositiva, señalando que este tipo de gravámenes solo podrían ser válidos en bienes de esta naturaleza cuando fuesen sustituibles y cuando existieran políticas efectivas para compensar el mínimo vital -afectado por la medida-. Así mismo, reiteró que gravar este tipo de bienes constituía un tratamiento diferenciado, al imponer una carga desproporcionada a las mujeres en contravía del orden constitucional. También hizo énfasis en que este tipo de medidas constituían una de las varias formas de discriminación contra las mujeres, y que el Estado tiene el deber de eliminar y erradicar.

Sumado a ello, también se pronunció sobre la forma en la que en la sentencia C-117 del 2018 se había utilizado la facultad de la integración normativa para articular la decisión de inexequibilidad del artículo 185 con los artículos 175 y 188 de la misma ley, con el objeto de lograr consagrar la exención tributaria a las toallas higiénicas y los tampones.

En tercer lugar, la Corte enfocó sus consideraciones en las copas menstruales y las demás tecnologías similares que existen para gestionar el ciclo menstrual, optimizar los recursos económicos y cuidar de la salud femenina. En tal sentido, analizó cómo además de las toallas higiénicas y los tampones existen una multiplicidad de artículos que sirven para la higiene menstrual; los cuales además resultan en casos como el de las copas menstruales, menos lesivos y riesgosos para la salud de las mujeres, más económicos -a mediano plazo- y más amigables con el medio ambiente.

Posteriormente, la Corte analizó de manera general las brechas de género existentes en materia laboral y económica entre hombres y mujeres. Para ello, no solo realizó una aproximación a la desigualdad material que existe en estos sectores, sino que profundizó en la forma en la que el ciclo menstrual incide negativamente en la profundización de dichas brechas. De allí que fuese posible determinar que imponer un gravamen a este tipo de artículos no solo limitaba sustancialmente las capacidades de decisión y la autonomía de las mujeres, sino que además contribuía a agravar la desigualdad de las mujeres.

Por último, antes de entrar a resolver propiamente el fondo del caso, la Corte analizó la importancia de incluir una perspectiva de género en la política tributaria del país. Así destacó la importancia de que este tipo de políticas no fuesen neutrales, resaltando el papel fundamental que deben cumplir para contribuir a superar las diferentes brechas sociales y de género que existen en el país. Para ello, trajo a colación, algunos ejemplos del derecho comparado en los que se han eliminado los impuestos sobre este tipo de artículos, o en los que incluso, los Estados han asumido la carga de proveerlos gratuitamente a las mujeres en edad fértil; como es el caso de Kenia, Escocia, Canadá e India.

Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que comprender que la política fiscal puede incidir en el aumento de las brechas de género existentes parte de la reflexión acerca de la desigualdad histórica entre mujeres y hombres, en la que, tal como lo destacó en la sentencia C-117

de 2018, el análisis principal no debe centrarse en los privilegios de los últimos sino en las desventajas de las primeras, que constituyen formas de discriminación en su contra.

En ese sentido, y atendiendo a que "efectividad del derecho a la igualdad material de las mujeres es un imperativo constitucional que es correlativo a la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres"[11], es posible concluir que "la política tributaria como factor determinante que moldea las relaciones con el Estado y que incide directamente en el desarrollo económico de las mujeres, puede reproducir patrones discriminatorios al reflejar las estructuras de poder sociales"[12].

De allí la importancia de examinar detalladamente, en el marco del contexto actual, las deudas aún persistentes en la garantía de los derechos de las mujeres, en la que siguen siendo la población con más rezagos en el goce del derecho a la educación, salud, participación social y trabajo, entre otros, lo cual se ve agravado por factores como la imposición de un tributo determinado.

Precisamente, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, en el 2018, la Corte estableció que "el gravamen mediante IVA de bienes de primera necesidad puede tener implicaciones diferenciadas para las mujeres. Inclusive, en ciertos casos, tanto el contexto de las mujeres como su menor capacidad adquisitiva implican analizar si las políticas tributarias generan cargas desproporcionadas para éstas. Por ello, el marco de la igualdad sustantiva exige el análisis de tales políticas caso a caso y desde la metodología de la discriminación indirecta e interseccional, en conjunto con las reglas reiteradas en esta providencia[13]. Adicionalmente, incluye la

---

11 Corte Constitucional. Sentencia C-117 de 2018.

12 *Ibid*.

13 K. Barnett and C. Grown, in Grown, C y Valodia, I. "Taxation and Gender Equity. A comparative analysis of direct and indirect taxes in developing and developed countries", 2004, pp. 45 y ss., 2010. Consultado en: https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/43684/idl-43684.pdf. Se anota que: "Muchos economistas expertos en impuestos aceptan estas distinciones y consideran que es justificable gravar ciertos bienes que suplen necesidades básicas a una tarifa menor que aquellos con impacto negativo en la salud o bienes de lujo. Aceptada esta distinción la desigualdad en el tributo y su incidencia respecto de aquellos que consumen bienes sin mérito o

verificación de la existencia de políticas que balanceen la excesiva carga impositiva para las más pobres, para corregir una posible discriminación".

Esto fue tenido en consideración por el Alto Tribunal, en la sentencia C-102 de 2021, en el análisis de los tributos contemplados para otras tecnologías para la gestión menstrual, a partir de lo que reiteró que "la política fiscal no es un asunto ajeno a las cuestiones de género. Se trata, por el contrario, de un escenario en el que las discusiones acerca de la existencia de medidas con impacto diferenciado entre mujeres y hombres resulta esencial no solo por las implicaciones económicas que en sí misma tiene, sino debido a su capacidad para proyectar consecuencias nocivas en el goce efectivo de los derechos a la igualdad y a la dignidad humana de las mujeres".

Sobre el particular, insistió en que debido a que la política fiscal tiene un papel central en la superación de las desigualdades socio-económicas de la población, su *rol* principalmente redistributivo "la constituye en una herramienta única para lograr un modelo de desarrollo que tenga como ejes centrales la igualdad, los derechos humanos y la sostenibilidad medioambiental"[14]. Por lo anterior, llamó la atención sobre la necesidad de "impulsar reformas fiscales progresivas[15] para lograr la equidad, la reciprocidad y la igualdad de género".

---

suntuosos y que atraen mayores impuestos y aquellos que consumen bienes deseables o relativos a necesidades básicas que atraen menores impuestos no comprenderían en sí mismos un 'sesgo' de género. Hay que reiterar lo dicho en este capítulo acerca de que un 'sesgo' de género implica una asimetría injustificada. Puede ser que las mujeres tengan necesidades de salud diferentes (salud reproductiva) que les requiere usar en mayor medida facilidades médicas que los hombres. Desde la perspectiva de la CEDAW, esto sería un argumento adicional para un trato diferencial en materia de impuestos para esos bienes y servicios que promueven la igualdad material y mayor seguridad social". Sentencia C-117 de 2018.

14 Política fiscal para la igualdad y los derechos. Mapeo de debates, iniciativas y actores de la Región Andina. Dejusticia, Latindadd, Oxfam, Red de Justicia Fiscal en América Latina y el Caribe, Red de Justicia Tributaria de Colombia y Grupo Nacional de Presupuesto Público. Apoyo de la Fundación Ford. Center For Economic and Social Rights, mayo de 2017. Consultado en: https://www.cesr.org/sites/default/files/Politica_Fiscal_Igualdad_Derechos.pdf.

15 Se entienden aquellas que contribuyen a corregir las desigualdades existentes, en caso

Con base en dichas consideraciones, concluyó que "[e]l sistema tributario colombiano, para evitar profundizar las brechas de género existentes, debe empezar a considerar las consecuencias de las determinaciones que adoptan quienes diseñan y aplican la política tributaria en lo nacional y territorial".

Así, la Corte pasó a resolver de manera específica el problema jurídico. Tras realizar un breve recorrido histórico por la evolución normativa en materia tributaria frente a toallas higiénicas y tampones, llegó a la conclusión de que pese a que no solía haber referencia a los demás artículos similares, el razonamiento utilizado para estos dos bienes era aplicable a los demás. Sin embargo, precisó que a raíz de los cargos que se presentaban en la demanda, debía ir más allá.

En tal sentido, concluyó que restringir la exención solo a las toallas higiénicas y tampones constituía una carga económica desproporcionada e injustificada en razón de una función biológica de las mujeres, los convertía en artículos de lujo para las mujeres y, con ello, dificultaba su gestión menstrual, afectando la participación femenina en la vida económica del país -a raíz de la falta de productos, la promoción de productos inadecuados y el fomento de problemas de salud-. De allí que, determinara que los demás productos de higiene menstrual no son sustituibles -como lo argumentó la presidencia de la República-, con el agravante que no existen políticas que permitan el acceso gratuito a ellos -ni en el nivel nacional ni en el nivel local-.

Así mismo, la Corte hizo énfasis en la sentencia T-398 del 2019 en donde el juez constitucional ya había señalado que el Legislador tenía que caracterizar los productos menstruales como bienes insustituibles y con ello, debían garantizarse las condiciones de acceso para todas las mujeres. Y en ese sentido, hizo hincapié en que era responsabilidad de los gobiernos locales y nacional diseñar una política pública que de manera coordinada cuente con: un componente educativo, participación de las mujeres, un tratamiento diferenciado y plural, basado en principios de

---

contrario se le denominan políticas regresivas (cuando las agravan) o políticas neutras (cuando no las modifican).

equidad horizontal, dignidad humana y reconociendo las diferentes condiciones de vulnerabilidad.

En suma, la Corte determinó que la exención tributaria a las toallas higiénicas y tampones debía ser extendida a todos los demás artículos similares para el cuidado menstrual en el entendido que: la tarifa con la que quedaban, según el estatuto tributario, no tenía representación (*no tax without representation)*, era más gravoso que la imposición del 5% que se había hecho originalmente a toallas y tampones, no existía una justificación para que tuviese una tarifa mayor y limitaba la capacidad decisoria de las mujeres para atender a una necesidad biológica. Así mismo, al no existir políticas públicas que compensaran en alguna medida el impacto que generaría este tributo a las mujeres en edad fértil, se generaba un impacto desproporcionado que no superaría el test intermedio de proporcionalidad que se exigía en este caso.

Así, la Corte declaró "la exequibilidad del artículo 188 de la Ley 1819 de 2016 (partida 96.19), en el entendido que la exención tributaria incluye también a las copas menstruales y productos similares"[16].

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La importancia de esta decisión de la Corte Constitucional recae, principalmente en cuanto al impacto material que tiene sobre los derechos de las mujeres (biológicas), toda vez que garantiza la eliminación de una de las tantas formas de discriminación que aún persisten en Colombia en su contra. En tal sentido, al realizar un análisis transversal entre la brecha histórica que ha existido en materia económica y laboral entre hombres y mujeres, su relación con la condición biológica de la menstruación y la ausencia de una verdadera política pública que remedie dicha situación, la Corte logra no solo remediar una situación histórica, sino también avanzar en cuanto al reconocimiento de la diversidad de medios y tecnologías disponibles para la gestión menstrual en clave de derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la salud y el medio ambiente sano.

---

16 Corte Constitucional. Sentencia C-102 del 2021.

Debido al objeto de análisis de la Corte en esta sentencia, es indispensable reflexionar en torno al hecho de que la aparición de la menstruación se ha convertido tradicionalmente en un pretexto para la discriminación de mujeres y niñas y, por tanto, para que sean apartadas de tareas cotidianas, e incluso se restrinja su contacto con otras personas. Diversas creencias sobre dicho flujo mensual, en distintas culturas y épocas, han alentado a que mientras este se presente, las mujeres han de ser relegadas de espacios sociales, acción con significativas consecuencias negativas para el ejercicio de sus derechos.

Uno de los recuentos más interesantes al respecto se encuentra en la obra *El Segundo Sexo*[17] de la filósofa feminista Simone de Beauvoir, quien sostiene que si bien en las sociedades matriarcales, las virtudes referidas a dicho flujo son ambivalentes, -pues en estas se reconoce que el periodo mensual "paraliza las actividades sociales, destruye la fuerza vital, aja las flores, hace caer los frutos"[18], y también se identifica que "produce efectos bienhechores: los menstruos son utilizados en los filtros de amor, en los remedios, particularmente para curar las cortaduras y las equimosis […]"- su connotación se habría transformado radicalmente "desde el advenimiento del patriarcado, (en el que) ya sólo se han atribuido poderes nefastos al turbio licor que fluye del sexo femenino"[19].

Dicha conclusión se produce luego de realizar una detallada descripción de ciertas costumbres alrededor del mundo en torno a la menstruación, a partir de la cual afirma que en "muchas sociedades primitivas solo cuando es susceptible de engendrar, la mujer se hace impura", y que esta concepción ha perdurado en todos los tiempos. En ese sentido, indica que "incluso en

---

17 La obra de Simone de Beauvoir fue determinante para avanzar en la reivindicación de los derechos de las mujeres. En particular, su texto *El Segundo Sexo,* constituye un hito en la lucha por cambiar estructuras sociales, como presupuesto de la inclusión social de las mujeres. La segunda ola del feminismo, marcada por esta obra, puso en el centro de la discusión el placer sexual de las mujeres y el derecho a la elección sexual, así como cuestionó la maternidad como destino único y definitorio de las mismas, entre otros trascendentales asuntos.

18 Simone de Beauvoir, *El Segundo Sexo*, Buenos Aires, Siglo XX Editores. p. 76. Consultado en: http://users.dsic.upv.es/~pperis/El%20segundo%20sexo.pdf.

19 *Ibid.*

Egipto, donde se trataba a la mujer con singulares miramientos, permanecía confinada durante todo el tiempo que duraban sus reglas"[20]; así como que los tabúes en torno a ello, al encontrar fundamento en textos sagrados, -como ocurre con el Levítico que conmina a las mujeres al destierro en dicho periodo[21]- difícilmente son cuestionados, lo cual es evidente también en épocas más recientes, en las que la denominada regla, es frecuentemente asociada a la suciedad y la vergüenza[22].

De Beauvoir da cuenta que desde los clásicos como Plinio, quien en su obra *Historia Natural* afirma que "la mujer que está en período de menstruación arruina las cosechas, devasta los huertos, mata las semillas, hace caer los frutos, mata las abejas; si toca el vino, lo convierte en vinagre; la leche se agría [...]", pasando por aseveraciones "científicas" de finales del siglo XIX que declaraban que "es un hecho indudable que la carne se corrompe cuando la tocan mujeres que tienen la regla", hasta nuestros días,

---

20 Indica que "a menudo la exponen sobre el tejado de una casa, se la relega a una cabaña situada fuera de los límites de la aldea, no debe vérsela, ni tocarla: más aún, ni siquiera ella debe tocarse con la mano; en los pueblos donde despiojarse es una práctica cotidiana, le envían un bastoncillo con el cual puede rascarse; no debe tocar los alimentos con las manos; en ocasiones, se le prohíbe tajantemente comer; en otros casos, la madre y la hermana son autorizadas para alimentarla por medio de un instrumento; pero todos los objetos que han entrado en contacto con ella durante ese período deben ser quemados".

21 Dice el Levítico: "Y cuando la mujer tuviere flujo de sangre, y su flujo fuere en su carne, siete días estará apartada; y cualquiera que tocare en ella, será inmundo hasta la tarde. Y todo aquello sobre que ella se acostare mientras su separación, será inmundo: también todo aquello sobre que se sentare, será inmundo. Y cualquiera que tocare su cama, lavará sus vestidos, y después de lavarse con agua, será inmundo hasta la tarde".

22 La misma afirmación es sostenida por Chris Bobel quien también analizó los significados sociales de la menstruación en diferentes tradiciones. Ver en, Chris Bobel, *New Blood. Third–wave Feminism and the Politics of Menstruation*, New Brunswick, New Jersey and London, Rutgers University Press, 2010.
Muchos movimientos de mujeres y feministas se encuentran promoviendo iniciativas para de-construir este significado social del período menstrual. Al respecto ver: Eugenia Tarzibachi, *Cosa de Mujeres: Menstruación, género y poder*, Buenos Aires, Sudamericana, 2017.

la menstruación ha representado algo impuro en la historia social, por lo cual, quienes la experimentan, deben esconderla.

A igual conclusión llegó la académica y feminista Iris Marion Young, quien luego de hacer una comparación con la presión social a la que son sometidas las personas con orientación sexual diversa para no exteriorizarla, denominó como "el clóset de la menstruación"[23] al proceso de ocultamiento del flujo mensual al que se ven obligadas las mujeres, con importantes consecuencias para su auto reconocimiento y relacionamiento social[24].

En igual dirección, Eugenia Tarzibachi, doctora en Ciencias Sociales e investigadora del impacto de la menarquia y del periodo menstrual en la vida de las niñas y las mujeres, afirma que "la menstruación es también considerada algo despreciable y un desecho inútil cuando deja de ser un atributo sobre la fertilidad, y no es más que la materialidad de la sangre menstrual ante una mirada ajena. En esta última dimensión, la menstruación suele ser algo que se oculta, se disimula, se enmascara. Y se incorpora al territorio de lo íntimo, tanto que su exposición pública puede provocar el pudor como en otra época lo tuvo el desnudo"[25].

Así, se tiene que la dimensión del advenimiento del periodo menstrual en la vida de las mujeres es tal, que "menstruar por primera vez, "hacerse señorita" […], constituye un acto de habla que crea una realidad al enunciarse; en este caso, tiene una potencia de marcación de género semejante a cuando se le asigna un sexo al bebé al momento de nacer. Una asignación que marca fuertemente un camino social de existencia sexo-genérica dentro de un binarismo sexual arbitrario"[26]. En términos de Francisca Gálvez, "la menstruación ha sido parte de aquellas experiencias de los cuerpos femeninos que han sido usados como parte de la legitimación

---

23 Iris Marion Young, *On Female Body Experience. Throwing like a Girl and other Essays*, New York, Oxford University Press, 2005.

24 Un análisis interesante sobre este asunto se encuentra en el texto: Juliana Buritica Alzate, *The Menstrual Closet: Analysis of the Representation of Menstruation in Japanese and Colombian Advertisements for Feminine Hygiene Products*, Consultado en: http://subsites.icu.ac.jp/org/sscc/pdf/juliana_45.pdf.

25 Tarzibachi, *op. cit.*

26 *Ibid.*

de la jerarquía entre los sexos, es decir, entre aquellos que la sociedad ha construido como hombres y mujeres"[27].

De esta manera, comprender el significado social del periodo menstrual se constituye en el punto de partida para vislumbrar la trascendencia que tienen las tecnologías creadas para su manejo en la vida de las mujeres y las niñas, debido a las implicaciones que estas producen para alentar su participación social, con la consecuente e innegable posibilidad de ejercer derechos como la educación, el trabajo, entre muchos otros[28].

Al respecto, distintos estudios reconocen que las tecnologías para la gestión menstrual representan medios de liberación femenina, debido a que su uso incrementó el sentimiento de autodominio del cuerpo durante el período, y a partir esa confianza que proporcionan, se volvieron aliadas fundamentales de diferentes formas de productividad de la población que las utiliza, y, por tanto, de su acceso a bienes sociales y culturales[29].

---

27 Francisca Gálvez Díaz, *Una aproximación a los Itinerarios Corporales de la Menstruación*, Universidad De Chile Facultad de Ciencias Sociales, Departamento De Antropología. 2016. Consultado en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144954/Una%20aproximaci%C3%B3n%20a%20los%20itineraios%20corporales...pdf?sequence=1&isAllowed=y.

28 Sobre este último punto, en la sentencia C-102 de 2021, la Corte destaca ciertos informes de UNICEF que subrayan el impacto de contar con bienes e infraestructuras adecuadas para la gestión menstrual en el desarrollo de las niñas.

29 No obstante, algunas feministas identifican en estos elementos para la gestión menstrual un mecanismo de control y modelamiento del cuerpo de las mujeres y las niñas. Al respecto señala Eugenia Tarzibachi: "Menstruar como una mujer moderna" supuso actuar una feminidad que profundizó el posicionamiento de las mujeres en contra de sus cuerpos considerados defectuosos, pero que también les hizo ganar espacios de circulación social en esos días. Esas concepciones sobre la modernización y la liberación de la mujer tecnológicamente "reparada" en ese mismo "defecto" que las hacía mujeres, fueron acompañadas de un contra-movimiento sustentado en nuevas prácticas de disciplinamiento del cuerpo para su regulación y autovigilancia. Como resultado, a lo largo del siglo XX se maximizó la productividad del cuerpo de las mujeres en una doble vía. Por un lado, estas tecnologías ayudaron a incrementar su rendimiento económico (como consumidoras y trabajadoras) y, por el otro, su productividad libidinal (como objetos de placer visual masculino y sujetos deseantes, que podían realizar "lo que quisieran").

De esta manera, a partir de la comprensión del significado social del período, en la sentencia C-102 de 2021, la Corte llama la atención sobre el hecho que "[u]na cuestión biológica como la menstruación no debería ser un obstáculo para la igualdad de género y menos frustrar la posibilidad de que niñas, adolescentes y mujeres, o personas menstruantes, ejerzan sus derechos de manera segura y digna en todos los entornos".

En ese sentido, afirma que "no poder practicar una buena sanidad menstrual en el hogar, en los establecimientos educativos, en el trabajo, en zonas de esparcimiento, y demás lugares públicos y privados, debido a una combinación de factores que involucran contextos de desarrollo y emergencia, como los entornos sociales discriminatorios, reducción de oportunidades, información inexacta, inexistencia de escenarios de participación, instalaciones deficientes, elección limitada de materiales absorbentes[30] y carencia o deficiencia en políticas públicas[31], se constituyen en bloqueos que resultan agravados tratándose de personas en situación de vulnerabilidad económica o discapacidad[32]".

De este modo, concluye, "la falta de acceso adecuado a la gestión menstrual supone que la realización de sus derechos se encuentra obstaculizado". De allí la importancia de garantizar el acceso a todas las tecnologías para la gestión menstrual, incluso, las no contempladas por la misma Corte en el 2018.

Como se observa, para este Alto Tribunal, queda claro que "[l]a gestión menstrual también es un asunto de equidad y justicia. El debate abierto y la representación sin censura de la menstruación contribuyen a que la ley y la sociedad reconozcan las necesidades biológicas de las mujeres. Es imperioso entender la igualdad de acceso a la educación, al trabajo y a las facetas de la vida pública como una condición previa que se debe cumplir para que la sociedad logre el pleno florecimiento humano, con independencia del

---

30 Aspectos financieros, sanitarios y ambientales.

31 En salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable.

32 *Op. cit.* "Guía de materiales de higiene menstrual", (2019). Consultado en: https://www.unicef.org/media/91346/file/unicef-Guide-menstrual-hygiene-materials-2019.pdf.

sexo biológico, el género, la identidad o la expresión de género. La equidad menstrual es el terreno en el que todos tienen que estar[33]".

En tal sentido, indicó que restringir la exención solo a las toallas higiénicas y tampones constituía una carga económica desproporcionada e injustificada en razón de una función biológica de las mujeres; puesto que, los convertía en artículos de lujo para esta población y con ello, dificultaba su gestión menstrual, afectando con esto la participación femenina en la vida económica del país -a raíz de la falta de productos, la promoción de productos inadecuados y el fomento de problemas de salud-. De allí que determinara que los demás productos para el manejo menstrual no son sustituibles, con el agravante de que no existen políticas que permitan el acceso gratuito a ellos -ni en el nivel nacional ni en el nivel local-.

Sin embargo, esta decisión merece algunos comentarios adicionales que, van más allá de la gestión menstrual como un asunto de derechos humanos y el impacto positivo que tiene sobre los derechos de las mujeres. Para tales efectos, a continuación, se realizará un breve análisis en dos sentidos. Por un lado, en cuanto a las herramientas hermenéuticas utilizadas por el juez constitucional para adoptar la decisión; y por el otro, respecto de los efectos de las sentencias de la Corte Constitucional.

Frente a las herramientas hermenéuticas utilizadas por el juez constitucional vale la pena resaltar, más allá de los análisis tradicionales que en buena medida han sido ampliamente estudiados en el marco de otras sentencias como el *test* de proporcionalidad, dos cuestiones particularmente interesantes dentro de la interpretación que adelantó la Corte Constitucional en este caso.

Nuestra primera consideración tiene relación con el uso del derecho internacional como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales de las mujeres. De hecho, el juez constitucional por fin parece entender el

---

33 El terreno en el que nos apoyamos todos: una conversación sobre la ley de equidad menstrual y el activismo. Bridget J. Crawford, Margaret E. Johnson, Marcy L. Karin, Laura Strausfeld y Emily Gold Waldman, "The Ground on Which We All Stand: A Conversation About Menstrual Equity Law and Activism", en *Revista Michigan Journal of Gender & Law*. vol. 26, 2.ª ed., 2020. Consultado en: https://repository.law.umich.edu/journals/

verdadero alcance que tiene el bloque de constitucionalidad como parámetro de constitucionalidad de las normas. Al respecto vale recordar que para el año 2017, apenas en el 38% de las decisiones de la Corte Constitucional que mencionaban de alguna manera al derecho internacional, el bloque de constitucionalidad era utilizado en este sentido[34]. Sin embargo, en este caso parece avanzar al ser el mismo juez constitucional quien lo plantea como parte del problema jurídico al preguntarse por la compatibilidad del artículo 188 de la Ley 1819 del 2016 no solo con la Constitución Política, sino también con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, lo cierto es que pese a que a lo largo del análisis que hace la Corte no se mencionan en mayor medida estas disposiciones internacionales, el punto de partida se construye a partir de una interpretación armónica con la Constitución Política, en cuanto a la delimitación del alcance de los derechos de las mujeres. Así mismo, el trabajo adelantado por la Corte, en particular en cuanto al entendimiento de los impactos desproporcionados que este tipo de medidas tributarias tienen frente a las mujeres, tuvo en cuenta más que las simples normas internacionales. En tal sentido, vale destacar, por ejemplo, el uso de las recomendaciones y opiniones de organismos internacionales que, pese a no ser propiamente tribunales internacionales, hacen parte del Sistema Universal de protección de Derechos Humanos y en tal sentido, órganos autorizados para interpretar las normas internacionales en cuestión. Así, por ejemplo, ocurre con la recomendación No. 24 del Comité CEDAW, a partir de la cual la Corte concluye que: es deber de los Estados asegurar en condiciones de igualdad el acceso a la atención médica y velar por su ejercicio; pero también tener en cuenta, a la hora de diseñar e implementar políticas y

---

34 Daniel Rivas-Ramírez, "Análisis de resultados de la primera fase del proyecto", en *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica,* Juana Inés Acosta López, Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 376.

medidas de atención en salud, las diferencias de los factores biológicos y socioeconómicos que existen entre hombres y mujeres[35].

Por último, con respecto al uso del derecho internacional, es menester anotar que pese a que la sentencia C-102 del 2021 constituye un importante avance en el reconocimiento de los efectos e influencia que las normas internacionales tienen en el ordenamiento jurídico colombiano, resulta extraño que la Corte no haya empleado a modo de diálogo judicial[36] una serie de sentencias de la Corte Interamericana que habrían servido de manera más contundente y jurídicamente vinculante, para la determinación del alcance de los derechos en cuestión. Así, por ejemplo, habría podido echar mano de sentencias interamericanas como las de los casos IV vs. Bolivia[37] y Campo Algodonero vs. México[38].

Sumado al derecho internacional, también vale la pena mencionar la forma en la que la Corte Constitucional utilizó la perspectiva de género como herramienta hermenéutica del caso. En particular, destaca que a diferencia de cómo ha hecho en otros casos en los que el análisis jurídico con perspectiva de género se encuentra limitado a un punto concreto de la discusión, en esta oportunidad el juez constitucional la utilizó como una herramienta transversal. En tal sentido, con una lectura interseccional cuyo punto de partida fue la situación particular de las mujeres, el juez constitucional reconoce el impacto diferenciado que afrontan en los diferentes escenarios y la forma en la que la imposición de una carga tributaria adicional impactaría no solo su situación económica, sino en particular sus derechos fundamentales.

---

35 Comité CEDAW, Recomendación General No. 24. La mujer y la salud (02/02/99). Consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf.

36 Paola Andrea Acosta Alvarado, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

37 Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329

38 Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

Bobel, Chris, *New Blood. Third–wave Feminism and the Politics of Menstruation*, New Brunswick, New Jersey and London: Rutgers University Press, 2010.

Buritica Alzate, Juliana, *The Menstrual Closet: Analysis of the Representation of Menstruation in Japanese and Colombian Advertisements for Feminine Hygiene Products*, Consultado en http://subsites.icu.ac.jp/org/sscc/pdf/juliana_45.pdf

Comité CEDAW, "Recomendación General No. 24. La mujer y la salud" (02/02/99). Consultado en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/bdl/2001/1280.pdf

Corte Constitucional. Sentencia C-1064 de 2001.

Corte Constitucional. Sentencia C-209 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia C-117 de 2018.

Corte Constitucional. Sentencia C-102 de 2021.

Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009

Corte IDH. Caso I.V. vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329

Crawford, Bridget J.; Johnson, Margaret E.; Karin, Marcy L.; Strausfeld, Laura y Gold Waldman, Emily, "The Ground on Which We All Stand: A Conversation About Menstrual Equity Law and Activism", en *Revista Michigan Journal of Gender & Law*. vol. 26, 2.a ed., 2020. Consultado en: https://repository.law.umich.edu/journals/

De Beauvoir, Simone, *El Segundo Sexo*, Buenos Aires, Siglo XX Editores. Consultado en: http://users.dsic.upv.es/~pperis/El%20segundo%20sexo.pdf

Gálvez Díaz, Francisca, *Una aproximación a los Itinerarios Corporales de la Menstruación*, Universidad De Chile Facultad de Ciencias Sociales, Departamento De Antropología, 2016. Consultado en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/144954/Una%20aproximaci%C3%B3n%20a%20los%20itineraios%20corporales...pdf?sequence=1&isAllowed=y

Grown, C. y Valodia, I., "Taxation and Gender Equity. A comparative analysis of direct and indirect taxes in developing and developed countries", p. 45 y ss., 2010. Consultado en: https://idl-bnc-idrc.dspacedirect.org/bitstream/handle/10625/43684/IDL-43684.pdf

Política fiscal para la igualdad y los derechos. Mapeo de debates, iniciativas y actores de la Región Andina. Dejusticia, Latindadd, Oxfam, Red de Justicia Fiscal en América Latina y el Caribe, Red de Justicia Tributaria de Colombia y Grupo Nacional de Presupuesto Público. Apoyo de la Fundación Ford. Center For Economic and Social Rights, mayo de 2017. Consultado en: https://www.cesr.org/sites/default/files/Politica_Fiscal_Igualdad_Derechos.pdf

Rivas-Ramírez, Daniel, "Análisis de resultados de la primera fase del proyecto", en *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Juana Inés Acosta López, Paola Andrea Acosta Alvarado y Daniel Rivas Ramírez (eds.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Robledo Silva, Paula y Mariana Medina Barragán, "Dos pasos adelante y uno atrás: protección de los derechos de las mujeres en la jurisprudencia constitucional colombiana de 2018", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23(2), 2019. Consultado en: https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.18

Tarzibachi, Eugenia, *Cosa de Mujeres: Menstruación, género y poder*, Buenos Aires, Sudamericana, 2017.

Vergel Tovar, Carolina y Medina Barragán, Mariana. "Volumen III: Violencias protagonizadas por el Estado" de la "Serie Punto de Encuentro". Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2021.

Young, Iris Marion, *On Female Body Experience. Throwing like a Girl and other Essays*, New York, Oxford University Press, 2005.

ÉDGAR SOLANO GONZÁLEZ

C-116 del 2021
(Vulnerabilidad de veteranos de guerra)

Después de décadas de conflicto armado en Colombia, en 2016 se firmó el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional y la guerrilla FARC-EP, lo cual implicó la necesidad de adoptar un sistema normativo que desarrollara diferentes aspectos incluidos en la negociación. Con este objetivo, mediante el Acto Legislativo 01 de 2016, se creó el Procedimiento legislativo especial para la paz, también conocido como *Fast Track*.

Este nuevo procedimiento permitía la creación de leyes y actos legislativos cuyo objeto fuese facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final de una forma veloz, pues unificaba fases del trámite legislativo tradicional. Las normas promulgadas en virtud de esta figura, según el Acto Legislativo 01 de 2016, tendrían control automático y único de constitucionalidad.

En aplicación de este procedimiento, al año siguiente se promulgó el Acto Legislativo 01 del 2017, a través del que se crea "un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones". Allí se estableció el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), el cual está compuesto por "la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y debido al conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición".

El SIVJRNR, según el artículo 1 del acto legislativo que lo creó, parte de reconocer a las víctimas del conflicto como ciudadanos con derechos, la importancia de la verdad de lo ocurrido, del reconocimiento de responsabilidad de quienes directa o indirectamente participaron en violaciones a los DDHH y al DIH y del principio de satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición.

En el marco de este proceso de transición y reconciliación, se promulgó la Ley 1979 de 2019, a través de la cual se "reconoce, rinde homenaje y se otorgan beneficios a los veteranos de la Fuerza Pública y se dictan otras disposiciones" en virtud de la "misión constitucional y carga pública inusual de este grupo poblacional, que han realizado sacrificios que van desde

el enfrentamiento constante a peligros, daños físicos irreparables, hasta numerosas muertes". Allí se incluyen disposiciones referentes a honores, acceso a beneficios y su pérdida, programas del Estado, entre otros

A los pocos meses, un grupo de ciudadanos, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, presentaron demanda contra cuatro artículos de la Ley 1979 por ser contrarios al artículo 1 del Acto Legislativo 01 del 2017, mediante el que se crea el SIVJRNR; y, al artículo 66 transitorio de la Constitución, incluido a través del Acto Legislativo 1 de 2012, en el cual se establecen las características de los instrumentos de justicia transicional.

2. ARGUMENTOS

Los accionantes, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandan los artículos 2 (parcial), 3 (parcial), 6 y 9 de la Ley 1979 de 2019 porque consideran que vulneran el preámbulo, los artículos 1, 2, 13, 93 y los artículos transitorios 1 (aprobado mediante el Acto Legislativo 1 de 2017) y 66 (aprobado mediante el Acto Legislativo 1 de 2012) de la Constitución.

En primer lugar, los demandantes consideran que el artículo 2 de la ley mencionada, la cual establece la definición de "veteranos", debería incluir únicamente a los miembros en retiro, pensionados o reservistas de honor de la Fuerza Pública que cumplieron con decoro su servicio. En virtud de lo anterior, el legislador debió excluir a los "miembros en retiro, pensionados o reservistas de honor de la fuerza pública que estuvieran condenados por infracciones a los DDHH o al DIH o estén siendo juzgados por estas conductas".

En segundo lugar, los accionantes afirman que considerar a los veteranos "población vulnerable", como lo establece el artículo 3 de la ley en cuestión, atenta contra la cláusula general de igualdad del artículo 13 superior. Al respecto, señalan que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido esta calidad a grupos que se encuentran en situaciones de marginalidad. En ese sentido, a esos grupos se les impide el acceso material a sus derechos fundamentales.

Continúan manifestando que esa característica propia de las poblaciones vulnerables no se cumple en este caso. Pues, si bien la Fuerza Pública cumple funciones que implican riesgos para su integridad personal y vida, ellos cuentan con un amplio catálogo de servicios para mitigar estos efectos

adversos, además de una destinación específica de recursos y servicios públicos. La clasificación que se quiere hacer en la norma demandada resultaría irracional y no cumple los fines jurisprudenciales y legales que se deben tener al momento de reconocerle esa calidad a una población.

Finalmente, respecto de los artículos 6 y 9, a través de los que se crean mecanismos de promoción de la historia y trabajo de los veteranos en redes sociales y en el Centro Nacional de Memoria Histórica, los demandantes señalan que si bien tienen propósitos constitucionalmente valiosos, existe "el riesgo de sobrepasar el papel del poder ejecutivo en la preservación de la memoria, transgrediendo el derecho a la verdad en su dimensión colectiva, y por ende una afectación al deber de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas". Lo anterior es especialmente importante porque, según ellos, limita la posibilidad de conocer los crímenes cometidos por la Fuerza Pública.

Por otro lado, en cuanto a las intervenciones de terceros, se debe resaltar que la gran mayoría de ellos consideraron la exequibilidad de las normas demandadas. Frente al artículo 2, el Instituto de Estudios Geoestratégicos y Asuntos Políticos de la Universidad Militar Nueva Granada, la ONG Mipofaamcol y la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" CAJAR señalan que: el artículo 25 de la misma ley excluye a quienes hayan violado el DIH y el DIDH de la definición de veterano, y por consiguiente de los beneficios que esto representa. Este punto fue reiterado por el procurador general, quien afirma que este artículo debe ser analizado de conformidad con el artículo 25 de la misma ley.

En segundo lugar, frente a lo argumentado respecto al artículo 3, instituciones como la Corporación Militares Víctimas del Conflicto Armado, el Instituto de Estudios Geoestratégicos y Asuntos Políticos de la Universidad Militar Nueva Granada y la ONG Mipofaamcol consideran que los demandantes no tienen la razón, pues aseguran que los veteranos sí constituyen población vulnerable en vista de que algunos de ellos sufren de enfermedades mentales y, negar el reconocimiento de su vulnerabilidad, sería desconocer los riesgos y las cargas excesivas impuestas por las leyes o el Estado.

No obstante, existen posturas contrarias, como la de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia UPTC, quienes consideran que ya existen beneficios y mecanismos

de protección, como la pensión por vejez y por invalidez por actos del servicio. De este modo, su condición de vulnerabilidad ha sido protegida, amparada y salvaguardada.

Frente a esta norma demandada, el procurador general aclara que no es correcto asumir que la totalidad de veteranos se encuentren en situación de la vulnerabilidad, y que las prestaciones que reciben se deben al riesgo especial al que han estado sometidos en el cumplimiento de sus funciones, por lo que reconocerles esa calidad no cumpliría con los estándares constitucionales.

Finalmente, respecto de los artículos 6 y 9 de la ley demandada, se debe resaltar la intervención del procurador general y de la Asociación Colombiana de Soldados e Infantes de Marina Profesionales en Retiro y Pensión de Las Fuerzas Militares (Acosipar), quienes consideran que la participación de los miembros de la Fuerza Pública no repercute en la construcción de la verdad histórica, sino que, por el contrario, ellos deberían participar porque también fueron víctimas del conflicto.

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

A continuación, se transcribirán las consideraciones más relevantes de la Corte Constitucional en relación con los argumentos presentados por los demandantes.

Primer cargo: La omisión legislativa en la definición de veteranos y en la regla de exclusión de los beneficios correspondientes a esa condición (Artículo 2)

Frente a este punto, los demandantes consideran que "ese concepto era supra-inclusivo porque omitió exceptuar de los beneficios de la calidad de veteranos a aquellos retirados de las fuerzas armadas que cometieron graves violaciones a los derechos humanos o infracciones al DIH. Los ciudadanos concluyeron que existía una omisión legislativa relativa. En su criterio, esta podía ser subsanada si se declaraba la constitucionalidad condicionada de la norma objeto de la demanda".

La Sala Plena advierte que el Congreso incurrió en dicha omisión al expedir los artículos 2.a) y 25 de la Ley 1979 de 2019, así: "En efecto, la Corte advierte la existencia de una doble omisión legislativa. Por una parte,

el artículo 2.a) omite por supra-inclusión dejar fuera de la definición de veteranos a un grupo relevante. Por otra parte, el artículo 25 omite por infra-exclusión prohibir los beneficios establecidos en la Ley 1979 de 2019 a ese mismo grupo. En concreto, se ha debido excluir de la definición de veteranos o listar dentro del conjunto de excluidos de los beneficios a aquellos retirados de la fuerza pública, que han cometido violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad".

De ese modo, "el legislador permitió que los beneficios que la ley confiere para exaltar, reconocer y retribuir la labor de los veteranos sean recibidos por aquellos cuyas acciones u omisiones fueron determinantes para que se cometieran graves violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad; cuando tal hecho ha sido declarado definitivamente por las autoridades judiciales o administrativas". Vulnerando así el deber constitucional e internacional de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas, en específico los derechos a la verdad y a la reparación".

Así mismo, la Corte consideró que: la no exclusión de los retirados que hayan cometido violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad carece de un principio de razón suficiente. Si bien es cierto que el artículo 25 evidencia que se quería excluir a quienes incurrieron en ciertas conductas, esto no es suficiente porque la palabra "conductas" es infra-inclusiva porque "no excluye a aquellas personas que han cometido violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. Estos últimos no pueden ser considerados como veteranos a efectos de recibir los beneficios establecidos en esta ley concreta o en el ordenamiento jurídico en general".

En virtud de lo anterior, la Corte adoptará una decisión de exequibilidad condicionada de los artículos 2.a) y 25 de la Ley 1979 de 2019. El condicionamiento se refiere a la necesidad de excluir tanto de la definición de veteranos, como de los beneficios correspondientes a: los retirados de la fuerza pública cuya responsabilidad haya sido declarada en decisión que constituya cosa juzgada por autoridad administrativa o judicial en relación con graves violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. No obstante, el tribunal advierte que la exclusión de los beneficios no se extiende a quienes se encuentran siendo investigados o juzgados, como lo solicitaron los demandantes. Tanto investigados como juzgados no han

perdido su presunción de inocencia y tienen derecho a ser considerados como veteranos. De manera que, conservan su derecho a recibir los beneficios establecidos en la Ley 1979 de 2019 hasta tanto no se encuentren en los supuestos del artículo 25 de la misma ley o en el condicionamiento dispuesto en esta sentencia.

Segundo cargo. La calificación de población vulnerable a favor de todos los veteranos

Tras hacer una breve reseña histórica del concepto de persona vulnerable en sentencias como la T-177 de 1999, T-307 de 1999, T-1330 de 2001 y T-1125 de 2003, el Tribunal señala que en la T-585 de 2006 "la Corte avanzó hacia una definición explícita de vulnerabilidad. Al respecto, la Corte indicó que se trata de i) una situación que no es elegida por el individuo, que ii) le impide ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales y iii) adoptar o concretar su proyecto de vida". Así mismo, aclara que, la finalidad de la noción "tiene una connotación funcional. Eso significa que este permite la construcción de políticas públicas diferenciadas a favor de ciertos grupos poblacionales que ostentan unas características específicas. Por su singularidad, estos grupos se encuentran en una situación de desventaja social y requieren de la especial protección del Estado".

De conformidad con un análisis del juicio integrado de igualdad la calificación conferida a los veteranos como población vulnerable establecida en el artículo 3 de la Ley 1979, se consideró que: la atribución de la "condición de vulnerables para todos los veteranos de la fuerza pública cumple un objetivo importante pero no imperioso, no es necesaria, no es adecuada y resulta desproporcionada".

Tercer cargo. Las medidas establecidas en los artículos 6 y 9 de la Ley 1979 de 2019 vulneran el derecho a la verdad

Después de realizar un recorrido dogmático desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional e interamericana, la Corte Constitucional asume las conclusiones de ese análisis "como parámetro de parámetro de constitucionalidad de las cuatro medidas establecidas en los artículos 6 y 9 de la Ley 1979 de 201". Con fundamento en ellas se declararía la inexequibilidad de la mayoría de los mecanismos examinados. Así, se refiere a

tres elementos necesarios para la consideración de la verdad: "La verdad debe ser contrastada, verificada y corroborada. Esto quiere decir que la verdad se presenta como una deliberación en la que se escucha a los más interesados: las víctimas y quienes fueron sus victimarios. Además, este es un asunto social que requiere estructuras e instituciones de manera que esta puede ser verificada y se expresa en diferentes medios (documentos, testimonios, videos). Finalmente, la verdad es plural en tanto tiene diferentes versiones, pero todas operan en un entorno de igualdad". En ese sentido, la Corte consideró que ninguno de los elementos mencionados "puede ser optimizado cuando se establece una visión oficial de la verdad o que una sola de las versiones sea difundida con preferencia en los medios de comunicación".

De igual forma, la Corte enunció una serie de principios que determinarían la inexequibilidad de tres de las cuatro medidas estudiadas en relación con el contenido del derecho a la verdad, así: 1. La verdad es inescindible del modelo de Estado constitucional. Esta no se construye sin pluralidad.; 2. El Estado debe promover los mecanismos para la defensa social de la verdad mediante la presentación completa de los hechos, la realización de investigaciones o la garantía de la circulación igualitaria de todas las versiones posibles, el acceso paritario a los medios de comunicación y el debate equilibrado de las diferentes perspectivas; 3. El Estado no se puede apropiar de la verdad y de la memoria y 5. La verdad es fundamental para el proceso de construcción de la memoria histórica.

4. Análisis crítico de la decisión: el concepto de vulnerabilidad: ¿el estado de los vulnerables?

Un tema de interés surge del análisis de la noción de vulnerabilidad. En este caso, sin embargo, no se hará énfasis en su aplicación concreta en la sentencia de los veteranos; sino en la descripción que ella hace de los elementos conceptuales de una situación de vulnerabilidad.

Así, se manifiesta que el origen de la noción se encuentra en la obligación estatal de procurar por la creación de las condiciones materiales de igualdad. Esto implicaría una "corrección de las desigualdades sociales a

través de medidas transformadoras"[1] con la finalidad de que se generen las condiciones necesarias para que los más débiles y vulnerables tengan acceso material a la vida social de la nación[2].

Entonces, podría entenderse que la noción de vulnerabilidad está relacionada con la necesidad – irrenunciable – del Estado de garantizar los elementos normativos y materiales de la dignidad humana. En ese sentido, se trataría de generar la situación estatal específica para que cada individuo, considerado como un fin en sí mismo, pueda procurar por su realización personal[3]. Esa búsqueda de la igualdad material, en palabras de la Corte Constitucional, partiría de la certeza de la existencia de unos individuos (también se habla de grupos poblacionales) excluidos de las garantías estatales de libertad[4].

La exposición conceptual de la figura de la vulnerabilidad hecha por la Corte en la sentencia C-116 de 2021 continúa con una categorización de las características de los sujetos en esa situación específica. En primer lugar, se habla de la relación entre la situación de pobreza y la atribución de la calidad de vulnerable. Esto no resulta extraño, teniendo en cuenta que, al referirse al origen de la noción en el principio de igualdad, se hacía referencia las condiciones de acceso a la vida social y económica de la nación[5].

En segundo lugar, se asoció la situación de vulnerabilidad al concepto de *debilidad manifiesta* determinada por desventajas económicas o en su salud física o mental[6]. Puede notarse que al primer condicionamiento de pobreza se le adhiere un detrimento en sus condiciones de salud física o

---

1 Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2019, núm. 78.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2019, núm. 78. Aquí se hace referencia a la Sentencia T-386 de 2013.

3 Sobre el punto, ver: Peter Bieri, *La dignidad humana: Una manera de vivir*, México, Herder, 2017, p. 111

4 Es importante entender al individuo como sujeto del derecho a la dignidad humana. Ver, Alberto Oehling de los Reyes, *La dignidad de la persona. Evolución histórico–filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Tesis de Doctorado, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 220 y ss.

5 Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2019, núm. 78.

6 En la Sentencia C-116 de 2019 se cita la Sentencia T-1330 de 2001 para señalar esos componentes de la debilidad manifiesta.

mental, lo que implicaría –según la Corte– una aplicación concreta del principio de solidaridad.

En tercer lugar, la Corte acude a algunos de los elementos de la noción de la dignidad humana como derecho fundamental y como principio fundante de los Estados sociales de derecho para acercarse a una definición más concreta de la situación de vulnerabilidad[7]. Así, se hace referencia a la ausencia de voluntad del individuo en relación con la situación de desventaja específica, la imposibilidad de acceder a los denominados derechos sociales, económicos y sociales y la imposibilidad de desarrollar su proyecto de vida[8]. Una lectura conjunta, de esos tres componentes de la definición y de los elementos mencionados al inicio de la exposición jurisprudencial, permite concluir que la declaración de la existencia de una situación de vulnerabilidad tiene una dependencia directa de la ausencia de condiciones de autodeterminación[9] de un individuo en un Estado que se considera como social de derecho[10].

Partiendo de esos elementos iniciales y de la búsqueda de una definición con pretensión de objetividad se ha declarado la existencia de una gran cantidad de poblaciones vulnerables. En la sentencia C-116 de 2021 puede observarse una enunciación de 27 grupos especiales entendidos como poblaciones vulnerables por la Corte Constitucional. Esta contempla grupos diversos como: vendedores informales, desplazados y víctimas del conflicto, población rural, población campesina, jóvenes bajo el cuidado del ICBF, habitantes[11] de calle, personas en situación de discapacidad, personas

---

7 Sobre la dignidad humana como derecho fundamental y como principio, ver: Christian Starck, "Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º9, 2005, pp. 489-497; Alberto Oehling de los Reyes, *op. cit*., pp. 140 y ss.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2019, núm. 83.

9 Ver, Bieri, *op. cit*, pp. 26 y ss.

10 Elías Díaz, "Estado de derecho y democracia", *en Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, s.f., pp. 210 y ss.

11 Se hace uso del concepto utilizado por la Corte Constitucional. Sin embargo, la referencia a habitar implica algún elemento de voluntad de permanecer en condiciones extremas de miseria. Esto rompería con la idea de que la materialización de condiciones dignas de existencia podría asegurar espacios de voluntad por lo que no parece

con VIH/SIDA, personas de la tercera edad, mujeres privadas de la libertad, comunidad LGTBI privada de la libertad, trabajadoras sexuales, indígenas, niños, niñas y adolescentes, niñez wayuú, pueblos rom, población negra: afrocolombiana, palenquera y raizal, madres cabeza de familia, mineros tradicionales, damnificados y víctimas de desastres, personas vinculadas al SISBEN, personas en vulnerabilidad socioeconómica, defensores de derechos humanos, trabajadores y trabajadoras domésticas, personas beneficiarias del retén social y veteranos sobrevivientes de la guerra de Corea y de la guerra de Perú que se encuentren en indigencia[12]. Esta caracterización tendría un efecto práctico, en la medida, en la que permitiría la creación de políticas públicas enfocadas a generar su protección especial.

Si bien, no es posible – a partir de la enunciación – conocer los argumentos que determinaron su decisión a favor de cada uno de esos grupos especiales; sí resulta por lo menos inquietante la pluralidad declarada como población vulnerable. Si recurrimos a los elementos históricos enunciados por la misma sentencia en algunos de los casos puede establecerse la existencia de una situación económica precaria (habitantes de calle, personas en vulnerabilidad socioeconómica y veteranos sobrevivientes que se encuentren en indigencia, por ejemplo). Mientras en otros parece que, la situación de discriminación materializada históricamente es determinante para comprenderlos como poblaciones que requieren una acción integral y con destinación específica a desaparecer esos supuestos de desigualdad (personas en situación de discapacidad, personas con VIH/SIDA, personas de la tercera edad, mujeres privadas de la libertad, comunidad LGTBI privada de la libertad, por ejemplo).

Entonces, los primeros elementos relacionados con la efectiva realización del principio de dignidad parecen considerarse como algunos de los criterios por constatar para la existencia de una situación de vulnerabilidad; y, en otros, el criterio determinante sería su relación con el quiebre en la realización del principio de igualdad. En ese sentido, no es muy clara la negación

---

aceptable, desde la perspectiva del principio de dignidad, entender las situaciones a la que son sometidos los individuos en condición de miseria.

12 Corte Constitucional, Sentencia C- 116 de 2021. Ver, Tabla 2. Grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

de la situación de vulnerabilidad de los miembros de la Fuerza Pública que sean categorizados como veteranos desde la perspectiva de la Ley 1979 de 2019. En la Sentencia C- 116 de 2021 se manifiesta que no se trata de "una clasificación de uso libre; [sino que] esta contiene unos elementos definitorios que integran el parámetro de control de constitucionalidad"[13]. Por ello, la utilización autorizada al órgano democrático dependería de los límites constitucionales que definen esa situación de vulnerabilidad para que no pierda contenido[14].

Justamente, a partir de esta afirmación surgen dos dudas que superan los límites del análisis de la sentencia, pero que sí constituyen cuestionamientos válidos al ejercicio de la interpretación y creación de derecho por parte de la Corte Constitucional. La primera de ellas está relacionada con los supuestos límites que fijan los factores conceptuales de la situación de vulnerabilidad. Aunque en la sentencia que se estudia puede apreciarse un valioso ejercicio de conceptualización a través de una categorización de las diversas poblaciones y su declaración por parte de la Corte Constitucional como vulnerables, no podría afirmarse que existe, en el ordenamiento constitucional colombiano, unos límites constitucionales claros para el establecer el contenido de la noción de vulnerabilidad.

La Sentencia C-116 de 2021 es, sin duda, un intento de organización de diferentes argumentaciones históricas de la Corte Constitucional para solucionar casos concretos de insuficiencia estatal. Esta afirmación obedece no solamente a la enunciación de los grupos y de la jurisprudencia creadora de ellos; sino al análisis de unos posibles elementos definitorios de los estados de vulnerabilidad utilizando criterios relevantes de interpretación derivados de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[15]. En ese sentido, la sentencia objeto de esta crónica puede presentarse

---

13 Corte Constitucional, Sentencia C- 116 de 2021, núm. 101.

14 *Ibid.*

15 Corte Constitucional, Sentencia C- 116 de 2021, núm. 92. Allí se menciona un test de vulnerabilidad, que, en principio, permite establecer la existencia de una situación de vulnerabilidad. De igual forma, se exponen circunstancias físicas y sociales que no necesariamente representan requisitos cumulativos para esa declaración. También se hace referencia a cinco factores de los que dependería la vulnerabilidad. "De manera

como: un intento de técnica jurídica para la determinación del contenido de cláusulas generales utilizadas por la jurisprudencia constitucional, para dar solución a problemas estructurales del Estado social de derecho que no se materializa.

Por otro lado, los denominados elementos definitorios que pasarían a integrar el parámetro de constitucionalidad responden a una complejidad extrema del sistema que ha ido formando un concepto con aspiración de universalidad a partir de fallos en situaciones concreta. De ahí que se haga referencia a un grupo en una situación de vulnerabilidad como respuesta a la intervención injustificada del principio de igualdad; y, al mismo tiempo, se declare la misma situación por la imposibilidad estatal de cumplir con las finalidades esenciales asumidas constitucionalmente al incorporar la noción del Estado social de derecho como tipo. Al no lograrse un catálogo de criterios ciertos que permitan establecer objetivamente la existencia de una situación de vulnerabilidad, la tarea de su definición termina convertida en un proceso de argumentación sometido a un caso concreto de estudio. Con ello, no parece factible la pretensión de universalidad de la noción de situación de vulnerabilidad.

Una lectura rápida de los requisitos descritos, de las categorizaciones mencionadas y de los criterios de interpretación derivados de la jurisprudencia interamericana, permite concluir que la utilización del concepto de vulnerabilidad responde a la necesidad judicial de ofrecer algún tipo de remedio al incumplimiento de los fines esenciales del Estado colombiano. La búsqueda de condiciones de igualdad, de una gran cantidad de grupos que parecen no tener conexión, es un intento por procurar algún tipo de política estatal como paliativo a la pérdida constante de legitimidad del constructo Estado. Parece que, la figura de la vulnerabilidad podría terminar cobijando a la mayoría de la población, ante la ineficiencia de las entidades en el debido cumplimiento de los encargos constitucionales.

---

que, en el ámbito interamericano, la vulnerabilidad depende de cinco factores: i) el contexto que causa la desprotección, ii) el grado de exposición a un riesgo o limitación, iii) el nivel de afectación potencial o real en relación con una amenaza de conformidad con las características del grupo que la soporta; iv) la intensidad, frecuencia y duración de la amenaza o situación y v) la capacidad de reacción o de agencia".

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Bieri, Peter, *La dignidad humana: Una manera de vivir*, México, Herder, 2017.

Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2019

Díaz, Elías, "Estado de derecho y democracia", en *Cuadernos para el diálogo*, Madrid, s.f.

Oehling de los Reyes, Alberto, *La dignidad de la persona. Evolución histórico–filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2009.

Starck, Christian, "Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán" en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9, 2005.

MARÍA DOLORES MINO BUITRON
JORGE ERNESTO ROA ROA

SU-201 de 2021
(Violencia de género económica)

EL ENFOQUE DE GÉNERO COMO UN ELEMENTO ESENCIAL DE LA ADJUDICACIÓN TRANSFORMADORA

1. CONTEXTO

La Corte Constitucional de Colombia es uno de los tribunales más destacados del constitucionalismo transformador[1]. Se trata de un tribunal de tres décadas de funcionamiento. Durante esos treinta años, la Corte ha asumido el reto de resolver disputas relacionadas con la protección de las promesas constitucionales y realizar la defensa de la Constitución con un enfoque que trasciende la mera adjudicación. Eso significa una forma de ejercicio judicial que comprende el contexto social, político y económico de manera que tiende a perseguir cambios sociales profundos[2].

Uno de los elementos (lamentablemente esenciales) del contexto latinoamericano es la profunda desigualdad. Quizá sea más preciso hacer referencia a las desigualdades. Dentro de estas, uno de los dramas más acuciantes es la desigualdad estructural de género y su impacto transversal. De allí que el enfoque de género y la vocación transformadora sean fundamentales en toda decisión judicial. La Sentencia SU-201 de 2021 es una decisión que enfatiza en la centralidad de la perspectiva de género en la función de adjudicación. No se puede superar la desigualdad estructural de género si los poderes del Estado se basan en una visión formal de sus competencias. Esta resulta claramente incompatible tanto con los retos sociales que afrontan como con los generosos mandatos constitucionales y derechos humanos que orientan la acción de la autoridad; esto vale también para el poder judicial. De allí que, las decisiones *extra* y *ultra petita*, el principio *iura novit curia* y las medidas de reparación estructural pertenezcan menos

---

1 Jorge Ernesto Roa Roa, "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", en *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021, pp. 35-58.

2 Jorge Ernesto Roa Roa, "El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano", en Vera Karam de Chueri y Bianca Schneider van der Brooke, *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2021, pp. 13-27.

a un esquema de activismo judicial y aparezcan como plenamente compatibles (y exigidas) bajo el paradigma del Estado constitucional.

En esta crónica se hará referencia al contexto fáctico y normativo del caso. Adicionalmente, se indicarán los elementos fundamentales de la decisión de la Corte Constitucional. Finalmente, se enunciarán algunos comentarios sobre el contenido de la sentencia, sus alcances y el impacto que puede tener. El objetivo es: ofrecerle al lector una invitación a seguir la jurisprudencia transformadora de la Corte Constitucional, e identificar también los retrocesos o las vicisitudes en el largo camino que transita la justicia constitucional para aproximar las promesas constitucionales a la realidad de cada una de las personas que habitan nuestros Estados constitucionales en el marco de la democracia deliberativa[3].

2. Argumentos de las partes: la simulación como mecanismo de violencia económica y de género en el contexto de los procesos de divorcio y liquidación de la sociedad conyugal

En la Sentencia SU-201 de 2021, la Corte revisó el caso de una mujer casada que había presentado dos demandas de divorcio (en 2010 y 2012) por las causales de infidelidad y separación de cuerpos. Durante los procesos, su cónyuge realizó negocios jurídicos simulados para evitar que algunos de los bienes conjuntos ingresaran en la liquidación de la sociedad conyugal. La simulación fue reconocida en la primera instancia (Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira en julio de 2017) y revocada parcialmente en la segunda instancia (Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en agosto de 2018). Contra esa decisión, la accionante interpuso una demanda de casación que fue rechazada por la Corte Suprema de Justicia (en agosto de 2019). La accionante presentó

---

3 Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

los recursos de reposición y de queja, pero estos le fueron negados por la propia Corte Suprema de Justicia (en septiembre de 2019).

En su escrito de tutela, la accionante argumentó que las sentencias inferiores violaban los derechos derivados de su condición de mujer. Indicó que la negativa tanto de conceder el recurso de casación, como el enfoque de las sentencias del proceso de origen en instancias inferiores, omitieron la aplicación de la perspectiva de género. En su criterio, se debieron tener en cuenta las afectaciones, a sus derechos como mujer, derivadas de las posibles simulaciones de compraventa efectuadas por su antiguo cónyuge sobre los bienes de la sociedad conyugal. El propósito de esos negocios jurídicos nulos fue: extraer los bienes de la sociedad y perjudicarle en su derecho a recibir una partición proporcional en la liquidación de la sociedad conyugal.

En marzo de 2020, la acción de tutela le fue negada en primera instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En su escrito de impugnación, la accionante indicó que en el proceso de origen no se tuvieron en cuenta las normas de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) y otros instrumentos que protegen a las mujeres y niñas frente a las posibles violaciones a sus derechos humanos. La ciudadana argumentó que el párrafo final del artículo 336 del Código de Procedimiento Civil establecía la *casación de oficio* que opera ante la posible existencia de violaciones a los derechos constitucionales. En junio de 2020, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de negar la tutela. En esta segunda instancia se declaró que se había inadmitido adecuadamente la demanda de casación y que no concurrían los supuestos para la selección de oficio de la casación. En efecto, para el juez de amparo de segunda instancia, no se comprometían los derechos fundamentales y la perspectiva de género era *ajena al asunto.*

3. Síntesis de la decisión: el imperativo de aplicar la perspectiva de género en la adjudicación judicial

Esta decisión de la Corte Constitucional tiene su eje transversal en el deber judicial de aplicar la perspectiva de género en la adjudicación. Se trata de

una obligación que deriva tanto del derecho internacional de los derechos humanos como de las normas constitucionales. Además, esa obligación implica trascender de una comprensión formal de las facultades judiciales hacia una visión transformadora e igualitaria del proceso judicial; el juez tiene unas cargas para igualar el proceso. Además, sus poderes se amplían cuando se trata de comprender la desigualdad de género que afecta a los casos que ingresan bajo sus competencias; de allí que se activen los poderes oficiosos, los instrumentos procesales proactivos y se exija decisiones que apliquen el principio *iura novit curia*. También es importante que la decisión de reparación sea estructural y que se profieran, cuando sea necesario, decisiones *extra* y *ultra petita*.

3.1. El deber de administrar justicia con enfoque de género, la violencia patrimonial y la discriminación a las mujeres en los procesos judiciales de familia

En primer lugar, la Corte Constitucional reiteró que existe un reconocimiento internacional de la discriminación histórica que ha enfrentado la mujer en los diferentes ámbitos. De allí que se hubieran aprobado tanto la CEDAW como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer o Convención de *Belem Do Pará*. Ambos instrumentos disponen la obligación del Estado de erradicar o eliminar la discriminación y la violencia contra las mujeres, e integran el bloque de constitucionalidad[4]. A nivel nacional, algunas de esas obligaciones internacionales se respaldaron mediante la aprobación de la Ley 1257 de 2008. En especial, el tribunal destacó los conceptos de violencia económica contra la mujer y de daño patrimonial por razón de género establecidos en los artículos 2 y 3 de esa ley.

En segundo lugar, la Corte reiteró los postulados básicos de la Sentencia T-012 de 2016. En esa oportunidad, el Tribunal se había referido

4 La Corte se refirió a las sentencias T-012 de 2016, C-539 de 2016, T-093 de 2019 y SU-080 de 2020.

a la violencia económica y a los procesos judiciales como escenarios de discriminación contra la mujer. En concreto, la Corte indicó que:

> "… la violencia contra la mujer también es económica. Esta clase de agresiones son muy difíciles de percibir, pues se enmarcan dentro de escenarios sociales en donde, tradicionalmente, los hombres han tenido un mayor control sobre la mujer. A grandes rasgos, en la violencia patrimonial el hombre utiliza su poder económico para controlar las decisiones y proyecto de vida de su pareja. Es una forma de violencia donde el abusador controla todo lo que ingresa al patrimonio común, sin importarle quién lo haya ganado. Manipula el dinero, dirige y normalmente en él radica la titularidad de todos los bienes. Aunque esta violencia también se presenta en espacios públicos, es en el ámbito privado donde se hacen más evidentes sus efectos. || Por lo general, esta clase de abusos son desconocidos por la mujer pues se presentan bajo una apariencia de colaboración entre pareja. El hombre es el proveedor por excelencia. No obstante, esa es, precisamente, su estrategia de opresión. La mujer no puede participar en las decisiones económicas del hogar, así como está en la obligación de rendirle cuentas de todo tipo de gasto. Igualmente, el hombre le impide estudiar o trabajar para evitar que la mujer logre su independencia económica, haciéndole creer que sin él, ella no podría sobrevivir. || Es importante resaltar que los efectos de esta clase [sic] violencia se manifiestan cuando existen rupturas de relación, pues es ahí cuando la mujer exige sus derechos económicos, pero, como sucedió a lo largo de la relación, es el hombre quien se beneficia en mayor medida con estas particiones. De alguna forma, la mujer "compra su libertad", evitando pleitos dispendiosos que en muchos eventos son inútiles"[5].

En la misma decisión del año 2016, la Corte Constitucional estableció que los jueces y las juezas debían aplicar una forma especial de interpretación y un enfoque de género cuando se trata de resolver un caso de familia, cuando se vean comprometidos los derechos humanos de las mujeres o exista una potencial discriminación. A la luz de ese test, a los jueces y a las juezas les corresponde:

---

5 Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

> "… (i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres"[6].

En tercer lugar, la Corte se refirió a la Sentencia T-093 de 2019. En esa decisión, el tribunal amplió la obligación de ejercer las facultades investigativas con un enfoque de género. En concreto, la Corte propuso tres criterios que orientan la actividad judicial cuando se aplica el enfoque de género:

> "El primer criterio es el análisis probatorio sistemático. […] consiste en el deber judicial de desplegar toda la actividad probatoria posible, incluso oficiosa, para corroborar los supuestos fácticos del caso como, por ejemplo, la existencia de una violencia de género o la configuración de una relación contractual. Dicho deber, a su vez, comprende dos elementos. El primero consiste en la revisión de las facultades judiciales para decretar oficiosamente pruebas en procesos concretos. Por ejemplo, en los casos de restitución de inmueble arrendado de mínima cuantía, dicha facultad está prevista en el artículo 392 inciso 1 del Código General del proceso. El segundo elemento es la revisión de pruebas que respeten los principios probatorios (licitud, pertinencia y conducencia). Por ejemplo, el juez no podrá valorar pruebas donde se cuestione el pasado familiar, social o sexual de la mujer o se busque un careo entre la mujer y la contra parte (prohibición a no ser confrontada con el victimario, conforme al artículo 8 literal k) de la Ley 1257 de 2008). || El

6 Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

> segundo criterio es la duda razonable […], donde el juez deberá permitir que se esclarezca, con plena certeza, la existencia de violencia de género, antes de tomar una decisión […]. La aplicación de la duda razonable permitiría, por una parte, que la mujer no sea condenada en un proceso ordinario sin que se cuente con claridad respecto a las relaciones personales y, por otra parte, evitar que, en caso de que se descarte la posible violencia de género en la jurisdicción, se le cierre la oportunidad a la otra persona de reclamar judicialmente sus derechos. || El tercer criterio es el respeto de las competencias. […] consiste en que la decisión del juez, en caso de incertidumbre, debe respetar su ámbito competencial. Por tanto, el juez deberá tomar una decisión que le sea propia de su competencia, como el rechazo de la demanda y la remisión a la autoridad competente, pues son los jueces de familia y penales quienes cuentan con las competencias, facultades y acciones suficientes para poder determinar la existencia o no de violencia contra la mujer"[7].

En cuarto lugar, la Corte sintetizó algunos de sus procedentes que habían analizado los derechos de las mujeres en el marco de la separación o el divorcio. El tribunal se refirió a varios casos en los que la existencia de violencia contra la mujer no fue tenida en cuenta para establecer el derecho a recibir alimentos en el contexto de una separación. La Corte reiteró que es imprescindible tener en cuenta la violencia económica como una forma de violencia contra la mujer. Esa forma de violencia es especialmente tangible en los procesos de divorcio o separación. Además, es fundamental detectar la desigualdad económica que afecta a las mujeres que no trabajan, porque usualmente ellas se encuentran en una situación de desventaja cuando enfrentan un proceso de separación o divorcio.

En este ámbito, la Corte se refirió a algunas Recomendaciones Generales del Comité de la CEDAW relativas a los derechos de las mujeres en el ámbito de las relaciones familiares, el derecho de familia y los procesos judiciales. El Comité les recomendó a los Estados crear instituciones jurídicas que aseguraran la igualdad de los derechos de los cónyuges o miembros de la pareja. El objetivo es que no existan situaciones de desigualdad con respecto a los bienes dentro de estas uniones, ni en las cuestiones relativas a la tenencia y custodia de los hijos. El tribunal resaltó el carácter vinculante

---

7 Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2019.

de las recomendaciones de la CEDAW en las que se establece que los Estados deben asegurar que los operadores de justicia decidan sus causas con perspectiva de género. Asimismo, se deben revisar las normas sobre la carga de la prueba, para asegurar la igualdad entre las partes en todos los campos en los que las relaciones de poder privan a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de sus pretensiones ante la judicatura. Finalmente, en relación con la Recomendación General 35, el tribunal reiteró que se puede incurrir en la responsabilidad estatal internacional por las acciones y las omisiones de los poderes judicial, legislativo o ejecutivo cuando estos incurren en violencia contra las mujeres o las niñas.

Con base en estos fundamentos, la Corte concluyó que el caso de la accionante requería una aproximación basada en un enfoque de género. No solo se trataba de un proceso de simulación con el ánimo de defraudar a un acreedor sino de una simulación ocurrida después de la terminación de una relación matrimonial. Este es un ámbito propicio tanto para la discriminación como para el ejercicio de la violencia económica en contra de la mujer. Para el tribunal, los jueces de instancia debieron formular sus problemas jurídicos con base en la causal de violación directa de la Constitución por el desconocimiento del derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer. En últimas, este era uno de los argumentos implícitos de la accionante.

3.2. La aplicación del principio *iura novit curia* y las decisiones de amparo *extra* y *ultra petita* con enfoque de género

La Corte reiteró que, los jueces de amparo tienen la competencia (y la obligación) de declarar la violación de las normas o los derechos que no fueron directamente invocados por los accionantes cuando así se derive del marco fáctico presentado ante el tribunal. En los procesos de tutela, los hechos probados determinan la respuesta judicial y aquellos prevalecen sobre una potencial restricción en las pretensiones o derechos invocados por las peticionarias. Cuando se trata de la acción de tutela contra las providencias judiciales, la accionante debe mencionar explícitamente la denominación de las causales específicas de procedencia que invoca en contra de la providencia. No obstante, si la ciudadana acredita la existencia

de una controversia *iusfundamental* en relación con la providencia judicial cuestionada, al juez le corresponde analizar el caso más allá de los argumentos explícitamente expuestos. El objetivo es garantizar la protección de los derechos fundamentales que puedan estar comprometidos.

En el caso concreto, la Corte concluyó que le correspondía efectuar un análisis con perspectiva de género. Por regla general, a quienes solicitan una acción de tutela contra decisiones del poder judicial se les exige un análisis argumentativo más riguroso. No obstante, en este caso la accionante indicó que su condición de mujer le habría impedido acceder a una tutela judicial efectiva en el proceso de origen. De manera que era necesario que la Corte revisara las decisiones de instancia bajo esa perspectiva de género.

3.3. Sobre la procedencia de la acción de tutela contra decisiones del poder judicial cuando se afectan los derechos fundamentales

La Corte Constitucional reiteró las *condiciones generales* de procedibilidad de la acción de tutela contra las providencias judiciales. En el criterio del tribunal, en este caso se presentó un evidente debate con relevancia constitucional. En efecto, estaba involucrada la posible afectación de diferentes derechos fundamentales, porque la actora solicitó que se analizara si la Sala de Casación Civil había errado al no efectuar un estudio de fondo de la casación y excluir la procedencia de la casación oficiosa. Esas decisiones formales impidieron que, la Corte Suprema protegiera la dignidad de la mujer en el marco de un proceso de simulación que buscaba recuperar los bienes vendidos de la sociedad conyugal con el fin de defraudar el proceso de liquidación. La relevancia constitucional se concretaba en la necesidad de analizar si la Sala de Casación Civil, en su condición de administradora de justicia, había aplicado o no una adecuada perspectiva de género al momento de proferir las decisiones inadmisorias que fueron posteriormente censuradas mediante la acción de tutela.

El tribunal constitucional reiteró que la violación directa de la Constitución es un defecto autónomo que ocurre en tres circunstancias en particular: i) cuando se deja de aplicar una disposición de derecho fundamental a un caso concreto, ii) cuando se aplica la ley al margen de los dictados de la Constitución o iii) cuando se trata de un derecho fundamental de

aplicación inmediata. En este sentido, la Corte indicó que el recurso de casación también opera como una forma de control de constitucionalidad. La selección positiva de oficio y la casación oficiosa son figuras jurídicas que le permiten a la Corte Suprema de Justicia analizar los casos con el fin de proteger los derechos constitucionales. Por ese motivo, la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha señalado que: el juez de tutela puede verificar la correcta aplicación de la selección positiva y de la casación oficiosa, para establecer si se cumplió con el objetivo de protección de los derechos fundamentales.

3.4. LA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER

La Corte concluyó que los argumentos esgrimidos por la demandante denunciaban un déficit de perspectiva de género al resolver su caso. La ciudadana, por su parte, argumentó el defecto de la decisión por violación directa de la Constitución. En concreto, debido a: i) la renuencia del sistema judicial para adoptar un enfoque que visibilizara los derechos de las mujeres; ii) el desconocimiento de la violencia económica o patrimonial como uno de los tipos de violencia contra la mujer; iii) la separación, el divorcio y la liquidación de sociedad conyugal como escenarios propicios para ejercer este tipo de violencia y iv) el deber de las autoridades judiciales de incorporar en el análisis de los casos el enfoque de género para detectar los contextos de discriminación y desplegar sus facultades probatorias para determinar la existencia de cualquier tipo de violencia que afecte a las mujeres.

El tribunal declaró que se había configurado un defecto por violación directa de la Constitución. La Corte Suprema de Justicia desconoció la obligación de garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación en contra de la mujer, porque no ejerció la facultad de selección positiva cuando estudió la demanda de casación interpuesta por la accionante. El contexto demostraba la existencia de posibles afectaciones a sus derechos constitucionales derivados de su condición de mujer. La Corte estimó que lo correcto era que, durante la etapa de admisión del recurso de casación, se realizara el análisis derivado de la facultad de *selección oficiosa positiva*;

esa figura era aplicable en virtud del deber de asegurar los derechos de la mujer. En suma, este constituye una causal de protección de los derechos constitucionales y habilita el ejercicio de facultad oficiosa de selección positiva.

Por lo tanto, la Corte concluyó que, la falta de selección oficiosa positiva del recurso de casación interpuesto por la accionante generó una violación directa de la Constitución por inaplicación de los artículos 13 y 43 de la Constitución. Para el tribunal:

> "… no se trataba entonces de un caso de simulación en el que simplemente se manifestó públicamente una voluntad distinta a la que se convino en secreto. El caso estaba inmerso en un escenario propio de la discriminación contra la mujer, de violencia económica, como lo es el divorcio y la disolución de la sociedad conyugal, y particularmente, de cuestionamientos sobre las actuaciones judiciales, que requieren la intervención del juez constitucional"[8].

Por esa razón, la Corte decidió conceder la acción de tutela y dejar sin efectos las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que resolvieron los recursos de reposición y queja. De manera que, el tribunal le ordenó a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia proferir un nuevo auto en el que admitiera el recurso de casación con base en los objetivos de la casación oficiosa que son funcionales a la protección de las garantías constitucionales. En concreto, le ordenó analizar los hechos con un enfoque de género. El objetivo final es asegurar que la protección de las garantías constitucionales se concrete en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Sobre esta importante decisión de la Corte Constitucional se pueden formular muchos comentarios. Sin embargo, vale destacar cuatro aspectos que son relevantes para comprender la decisión y el futuro del

8 Corte Constitucional. Sentencia SU-201 de 2021.

constitucionalismo feminista y transformador[9]: i) la obligación de realizar la función de adjudicación con enfoque de género; ii) el deber de realizar el control de convencionalidad; iii) la violencia patrimonial como una forma de violencia autónoma e interdependiente de otras formas de violencia y iv) la casación como un mecanismo de tutela de los derechos constitucionales y convencionales.

4.1. La obligación de realizar la función de adjudicación con enfoque de género

Como ya se indicó, esta sentencia de la Corte Constitucional reitera el deber de los operadores de justicia de decidir con perspectiva de género. Esta obligación es transversal, de manera que también opera en los casos de naturaleza civil en los que, aparentemente, solo se discuten pretensiones de carácter patrimonial. Los tribunales deben analizar el verdadero trasfondo de cada caso y verificar la posible existencia de situaciones que comprometan los derechos de las mujeres y las niñas. Ello debe ocurrir incluso cuando la pretensión no haya hecho una solicitud explícita en ese sentido.

Los jueces de todas las especialidades deben decidir las causas para determinar tanto si se configuran las infracciones de carácter civil, penal o laboral invocadas, como las posibles violaciones a derechos de las mujeres. Por ejemplo, si en la compraventa de ciertos bienes no se configurara una simulación a la liquidación de la sociedad conyugal, en todo caso, los tribunales deberían realizar un análisis integral y sistemático sobre la potencial existencia de simulación en algunos bienes o la intención de causar violencia económica de género mediante negocios jurídicos no simulados con el objetivo de perjudicar a la accionante en el ejercicio de sus derechos, en especial, la igualdad en el disfrute del patrimonio.

---

9 Christine Peter da Silva, Estefânia Maria de Queiroz Barboza, Marina Bonatto, and Melina Girardi Fachin, "On March 8, Why Celebrate Feminist Constitutionalism?" Int'l J. Const. L. Blog, 8 de marzo 2022. Consultado en: http://www.iconnectblog.com/2022/03/on-march-8-why-celebrate-feminist-constitutionalism/

4.2. EL DEBER DE REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Esta sentencia resalta el deber de los operadores de justicia de toda materia y en toda instancia de realizar un análisis con enfoque de género cuando resuelvan casos que comprometan los derechos de las mujeres. Se trata de la obligación de incorporar una perspectiva de género en las decisiones del poder judicial. Esta no solo opera en los casos relacionados con los delitos, sino en todos aquellos en los que sea posible determinar la existencia de un detrimento o una posible afectación a los derechos de las mujeres y las niñas.

Esta obligación es consistente con las recomendaciones del Comité de la CEDAW. Como se indicó en la sentencia, los Estados deben asegurar el derecho a la igualdad y no discriminación para las mujeres y las niñas en el ámbito de la administración de justicia; eso no solo requiere contar con jueces especializados, sino que exige que estos adjudiquen con enfoque de género. Se trata de una obligación especialmente relevante en la investigación penal y en el ámbito de las relaciones familiares. La Corte Constitucional acertó al reiterar que el proceso judicial familiar puede ser un espacio para la violencia patrimonial. De allí que los jueces deban analizar tales procesos (i.e. divorcios, terminación de uniones libres, *inter alia*) a la luz de las posibles situaciones de violencia patrimonial o desigualdad que pueden afectar a las mujeres en esos contextos.

Asimismo, todas las autoridades judiciales deben realizar un adecuado control de convencionalidad. Se trata de la obligación de los jueces y las juezas de aplicar directamente las normas y los estándares derivados del derecho internacional de los derechos humanos, incluso si ello supone inaplicar o invalidar una norma local. Aunque esto último no ocurrió en la Sentencia SU-201 de 2021, porque las normas domésticas no eran contrarias a un estándar convencional, el tribunal reiteró el deber de los operadores de justicia, de toda materia y en todo nivel, de adjudicar con base en las normas más favorables a la protección del ser humano (principio pro persona).

Por eso, resulta destacable, que el razonamiento de la Corte Constitucional se haya centrado en la obligatoriedad de los estándares provenientes del Comité de la CEDAW que se incorporan al bloque de constitucionalidad. El reto de la Corte Constitucional es mantener la consistencia y la coherencia

en el uso del derecho internacional de los derechos humanos. Eso implica evitar prácticas de instrumentalización de los estándares internacionales o el denominado *cherry picking*. Esta práctica consiste en: usar solo los estándares internacionales que son funcionales a las decisiones que va a adoptar el tribunal constitucional, o resistirse a modificar los propios precedentes que son evidentemente contrarios al derecho internacional de los derechos humanos, en tanto que son más restrictivos en la protección de un derecho humano.

4.3. LA VIOLENCIA PATRIMONIAL COMO UNA FORMA DE VIOLENCIA AUTÓNOMA E INTERDEPENDIENTE DE OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA

La Corte reconoció que la violencia patrimonial es una forma de violencia tan grave y reprochable como cualquier otra. El hecho de que aquella ocurra sin agresiones de carácter físico o psicológico e impacte el patrimonio de una mujer en el contexto de un proceso de divorcio, no implica que carezca de una gravedad autónoma. Además, el tribunal reiteró que las distintas formas de violencia contra la mujer son interdependientes. Eso significa que una situación de violencia patrimonial impacta necesariamente otros ámbitos de la vida de las mujeres y compromete su integridad física y psicológica. La Corte concluyó que no existían formas *más graves de violencia* (i.e. violencia física) y formas *menos graves de violencia*, sino que todas deben ser prevenidas, investigadas, sancionadas y erradicadas.

La buena situación económica de la accionante (una profesional que trabajaba y tenía ingresos propios) resultó irrelevante para detectar una situación de violencia patrimonial. La mera afectación creada, con la intención de perjudicarle en sus derechos a acceder en condiciones de igualdad al patrimonio conyugal en el marco del divorcio, fue suficiente para que se configurara una situación de violencia. La posibilidad de una mujer de subsistir por sus propios medios no excluye ni reduce la gravedad de la violencia patrimonial. El criterio relevante es el trato desigual en el acceso a los bienes conyugales y no la condición económica en la que se encuentra la mujer.

4.4. LA CASACIÓN COMO UN MECANISMO DE TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES

La Corte Constitucional estableció que la selección oficiosa y la casación de oficio son mecanismos legítimos para tutelar los derechos constitucionales. El tribunal destacó que los procesos ante el poder judicial ordinario son los escenarios para la tutela de pretensiones que pueden involucrar disputas sobre derechos constitucionales. La Corte Constitucional encontró que, existían pocos casos en los que se hubiera ejercido la facultad de selección oficiosa o casación de oficio por parte de la Corte Suprema de Justicia. En esos pocos casos, las disputas se han referido a controversias lesivas de bienes jurídicos importantes para la Nación o violatorias de los derechos constitucionales. De manera que el caso de la violencia patrimonial de género se adecuaba a una de las hipótesis en las que procedía analizar, en sede de casación, si había existido una simulación con fines discriminatorios con impacto en el derecho al disfrute de los bienes conyugales en condiciones de igualdad.

Por esa razón, la Corte reafirmó la obligación de oficio para las cortes de cierre de tutelar los derechos constitucionales en cada uno de los procesos que son de su competencia. Eso puede incluir la activación de la figura de la casación oficiosa cuando los hechos del caso permiten inferir una potencial vulneración a los derechos constitucionales. Para la Corte Constitucional, existe una especie de deber de los jueces, en instancia de casación, de casar de oficio aquellas decisiones inferiores que vulneraron los derechos humanos. La selección oficiosa constituye un mecanismo de protección de los derechos constitucionales en el máximo nivel de la justicia ordinaria.

Esta es una manifestación del derecho humano a la tutela judicial efectiva. De manera que no solo opera con base en los reclamos (pretensiones) expresos de las partes en el contexto de un proceso, sino que también implica activar los poderes oficiosos de investigación y la optimización del principio *iura novit curia*. El objetivo es proteger tanto los derechos constitucionales como los estándares derivados de las decisiones o las recomendaciones de organismos internacionales. Esos parámetros se deben incorporar en la

resolución del caso tanto si eso fue solicitado por las partes como por le mera posibilidad de que una de esas obligaciones sea vulnerada.

5. CONCLUSIÓN: LA CONSTRUCCIÓN INCREMENTAL DE UN CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR Y FEMINISTA

Esta sentencia integra un conjunto más amplio y no acabado de decisiones que incrementalmente han respondido al contexto de desigualdad de género. Se trata de un proceso jurisprudencial de progresiva ampliación de los derechos de las mujeres. Este debe ir acompañado de la acción de los demás poderes del Estado y de una fuerte movilización social. La Corte no puede superar todos los retos que exige la construcción de una sociedad igualitaria. Por su parte, el tribunal tampoco puede declinar su imperativo *rol* constitucional como garante de los derechos humanos y como catalizador de procesos deliberativos sobre la mayor garantía de las promesas constitucionales. A ello le denominamos un constitucionalismo transformador feminista.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Corte Constitucional. Sentencia T-012 de 2016.

Corte Constitucional. Sentencia T-093 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia SU-201 de 2021.

Peter da Silva, Christine; de Queiroz Barboza, Estefânia Maria; Bonatto, Marina, and Girardi Fachin, Melina, "On March 8, Why Celebrate Feminist Constitutionalism?" Int'l J. Const. L. Blog, 8 de marzo 2022, Consultado en: http://www.iconnectblog.com/2022/03/on-march-8-why-celebrate-feminist-constitutionalism/

Roa Roa, Jorge Ernesto, *Control de Constitucionalidad Deliberativo. El ciudadano ante la justicia constitucional, la acción pública de inconstitucionalidad y la legitimidad democrática del control judicial al legislador*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2019.

Roa Roa, Jorge Ernesto, "El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano", en Vera Karam de Chueri y Bianca Schneider van der Brooke, *Constitucionalismo transformador en América Latina*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2021.

Roa Roa, Jorge Ernesto, "La ciudadanía dentro de la sala de máquinas del constitucionalismo transformador latinoamericano", en *Revista Derecho del Estado*, 49, 2021.

DERECHOS POLÍTICOS Y DEMOCRACIA

PAULA ROBLEDO SILVA

C-302 de 2021
(Conflicto de intereses de Congresistas)

1. CONTEXTO

El 19 de noviembre del 2019 el Congreso de la República expidió la Ley 2003, por medio de la cual modificó parcialmente varias disposiciones del Reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) y dictó otras. Vale acotar que la iniciativa del proyecto fue de un grupo de congresistas pertenecientes a diferentes partidos, integrado por Maritza Martínez, John Milton Rodríguez, Eduardo Emilio Pacheco, Katherine Miranda, Mauricio Toro, Fabián Díaz, César Ortiz; el presidente de la República y la ministra del Interior.

En términos generales, esta nueva ley modificó los artículos 286, 287 y 291 de dicho Reglamento que tenían que ver con el régimen del conflicto de intereses de los congresistas, la forma de registrar los intereses privados en las Cámaras y el régimen de impedimentos, respectivamente. También modificó disposiciones de la Ley 1881 del 2018, relacionadas con el proceso de pérdida de investidura y, añadió, un nuevo artículo al Reglamento del Congreso sobre la recusación de congresistas.

Nos interesa llamar la atención sobre el artículo 1 de la Ley 2003, con el que se modificó el régimen del conflicto de intereses, redefiniendo el conflicto de interés en clave de los beneficios particulares, actuales y directos a favor del congresista. Así mismo, estableció una lista de seis casos en los que no se podría entender la existencia de un conflicto de intereses, dentro de los que incluyó posteriormente durante el trámite legislativo, en la letra e) la siguiente hipótesis:

> Cuando el congresista participe, discuta o vote artículos de proyectos de ley o acto legislativo que tratan sobre los sectores económicos de quienes fueron financiadores de su campaña siempre y cuando no genere beneficio particular, directo y actual para el congresista. El congresista deberá hacer saber por escrito que el artículo o proyecto beneficia a financiadores de su campaña. Dicha manifestación no requerirá discusión ni votación[1].

El nuevo artículo también propuso una definición para los conflictos de intereses morales; estableció la aplicación de las normas especiales para

---

1 Letra e), Artículo 1, Ley 2003 de 2019.

cuando los congresistas desempeñaran funciones judiciales, disciplinarias o fiscales; e hizo extensivo el régimen general para todos los actores partícipes de una iniciativa legislativa en concordancia con el artículo 140 de la Ley 5 de 1992.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Un grupo de ciudadanos demandó la letra e) del artículo 1 de la Ley 2003 de 2019, al considerar que desfiguraba el régimen de conflicto de intereses de los congresistas, violando con ello sendos artículos de la Constitución Nacional. En tal sentido, la demanda planteaba en total seis cargos en contra de la norma cuestionada.

El primero de ellos, señalaba que la disposición demandada desconocía los artículos 1 y 2 de la Constitución al habilitar a los congresistas favorecer intereses particulares. En tal medida, se infringía la primacía del interés general sobre el particular, el principio democrático y el carácter pluralista de nuestro Estado al impedir el debate ideológico al interior del Congreso. Así mismo, sostenían se generaba el riesgo de que la actividad del elegido (congresista) fuese cooptada por los intereses particulares, incidiendo negativamente en el servicio a la comunidad, la prosperidad general y el orden justo como fines esenciales del Estado.

El segundo cargo fue fundamentado en la vulneración de los artículos 3 y 40 de la Constitución que se refieren a la soberanía popular y a la representación popular efectiva. En criterio de los demandantes, la norma demandada permitía que los congresistas se convirtieran en voceros de sectores económicos sin que los electores pudieran ejercer un verdadero control sobre ellos; en particular, porque la norma modificaba de manera implícita el régimen de pérdida de investidura de los congresistas, reduciendo las causales para ello.

Sumado a lo anterior, los demandantes formularon un tercer cuestionamiento, relacionado con el artículo 123 de la Constitución que establece que los funcionarios públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y que, por tanto, actúan consultando la justicia y el bien común. Específicamente, plantearon que la norma al permitir que representaran directamente los intereses de sus financiadores, los congresistas dejarían

de lado la representación de los intereses de la comunidad y privilegiarían los de sus financiadores.

En cuarto lugar, adujeron que se violaba el artículo 182 de la Constitución que exige a los congresistas poner en conocimiento de su Cámara las situaciones de carácter moral o económico que les inhiban para participar, toda vez que la norma exige una simple comunicación, sin que ello sea objeto de análisis por la respectiva cámara ni que tampoco tenga consecuencias sobre la inhibición del congresista. Así mismo, aseguraron que con ello se desconoce que actualmente en Colombia la principal fuente de financiación de campañas es la privada y, por tanto, supone un riesgo particularmente grave el que no tengan que cumplir con este mandato constitucional.

A su vez, también sostuvieron que, la norma violaba los artículos 107 y 109 de la Constitución que protegen la transparencia y moralidad y castigan los fines antidemocráticos de los partidos y movimientos políticos.

Por último, hay que señalar que los demandantes también invocaron un sexto cargo en el que sostenían que se desconocían los artículos 93 y 151 de la Carta Política, los cuales fueron rechazados por la Corte al considerar que no había certeza y suficiencia sobre estos en la demanda. Así las cosas, la Corte se limitó a admitir los primeros cinco cargos que hemos mencionado.

Por su parte, la Procuradora General de la Nación se declaró impedida para rendir concepto por haber participado en la elaboración de la norma demandada, lo que llevó a que el viceprocurador general de la Nación conceptuara. En tal sentido, este despacho solicitó que la Corte se inhibiera de fallar en la medida en que la demanda carecía de certeza y suficiencia al fundarse sobre un supuesto que no estaba previsto en la norma: el del beneficio directo de los congresistas. Según el viceprocurador, los demandantes incurrían en una confusión grave al mezclar las dos reglas que la disposición demandada contenía.

Finalmente, vale señalar que dentro del proceso intervinieron varias organizaciones de la sociedad civil[2], quienes coincidían en gran medida en argumentar que en efecto la norma demandada ponía en riesgo el

---

2 Se trata de la Clínica de Medio Ambiente y Salud Pública de la Universidad de los Andes, la Corporación Transparencia por Colombia, RedPapaz, Global Health

principio democrático y el régimen de conflicto de intereses, al permitir que se cediera ante los intereses particulares de los financiadores privados de campañas, y con ello, induciendo a una captura corporativa del Estado. Pusieron como ejemplo de la incidencia de los intereses económicos en diversos casos relacionados con la salud pública, como las leyes relacionadas con la prohibición del asbesto, los impuestos a las bebidas azucaradas y la imposición de sellos frontales en el rotulado de alimentos.

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Las consideraciones sobre la exequibilidad de la norma demandada inician con el análisis de la aptitud de la demanda, considerando especialmente la solicitud realizada por el viceprocurador general de la Nación sobre un fallo inhibitorio. Para ello, reitera los requisitos sustantivos que debe cumplir una demanda de inconstitucionalidad, recalcando que: deben señalarse las normas infringidas, exponer el contenido de las disposiciones constitucionales vulneradas y explicar las razones de la vulneración. Con respecto a esta última carga argumentativa, hace énfasis en la claridad, la certeza, la especificidad, la pertinencia y la suficiencia con la que deben estar planteados los cargos.

A partir de dichos elementos y, reconociendo que los argumentos de la demanda habían sido construidos a partir de criterios históricos y teleológicos claros sobre la naturaleza análoga de los verbos beneficiar y tratar en el contexto de la financiación privada de campañas, determinó que en efecto la demanda era apta para análisis por parte del juez constitucional.

Ahora bien, pese a que la Corte admitió los cinco cargos formulados en la demanda, estimó que todos estaban orientados a la afectación que la norma generaba para los fines de la actividad legislativa. De allí que, identificara un único problema jurídico y estructurara la decisión para analizar todos los cargos en conjunto.

A grandes rasgos, las consideraciones sobre el fondo se dividen en tres partes: un análisis sobre el fundamento constitucional, legal y

---

Advocacy Incubator, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre y Dejusticia.

jurisprudencial del conflicto de intereses en Colombia; un estudio sobre el marco jurídico y los riesgos de la financiación privada de campañas; y finalmente, la solución concreta a la cuestión sobre la exequibilidad de la norma.

En cuanto a los fundamentos y desarrollos del régimen del conflicto de intereses, la Corte señala que tiene origen en los artículos 182 y 183 de la Constitución Política y que a pesar de que las normas constitucionales no definen propiamente lo que es un conflicto de intereses, dicho régimen funge como una garantía fundamental del interés general. De allí que su violación –en la práctica– suponga la máxima sanción política para el elegido: la pérdida de investidura.

Ahora bien, debido a la ausencia de definición constitucional del conflicto de intereses, la Corte apela a su jurisprudencia y a la del Consejo de Estado, para decantar el sentido y la finalidad. De esta manera, identifica al menos cuatro grandes rasgos que han sido definidos por la jurisprudencia de lo contencioso administrativo: i) que el conflicto de intereses constituye una excepción a la inviolabilidad de los congresistas; ii) que es un concepto jurídico indeterminado, que en todo caso no responde a un sistema *numerus clausus,* por lo que cada caso debe ser rigurosamente analizado a través de un cuidadoso ejercicio hermenéutico; iii) que necesita de la concurrencia de cuatro requisitos para su configuración, a saber, la calidad de congresista, la existencia simultánea de un interés particular, actual, inmediato y directo para el congresista o su círculo cercano, la ausencia del impedimento por parte del congresista; y iv) que ocurra en el marco de un asunto funcional del congresista.

Así mismo, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha precisado que el beneficio para el congresista debe ser específico y particular; y que su materialización debe ser inmediata. De allí que, en el caso del proceso de pérdida de investidura que fue promovida en contra de la entonces senadora Claudia Blum de Barberi, el Consejo de Estado no encontrara probado el real beneficio que habría percibido tras haber sido ponente de un proyecto de ley que beneficiaría a tres de los financiadores de su campaña[3].

---

3 Al respecto ver la Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 3 de septiembre del 2002. Rad. 11001-03-15-000-2002-0447-01(PI-044).

Sumado a lo anterior, la Corte trae a colación varias de sus sentencias, que, a pesar de no pronunciarse puntualmente sobre el conflicto de intereses, ilustran sobre su importancia, al referirse al régimen de impedimentos y la relevancia de mantener los efectos de la pérdida de investidura en el marco del trámite de los actos legislativos. Tanto así, que en la sentencia C-1056 del 2012 al analizar el Acto Legislativo 1 del 2011, determinó que: inaplicar el régimen del conflicto de intereses en el debate y votación de proyectos de actos legislativos constituía una sustitución a la constitución en la medida en la que atentaba en contra de la moralidad como un principio rector de la actuación pública, entre otros. Específicamente el juez constitucional señaló al respecto que:

> Así, encontró que los elementos identitarios de la Constitución de 1991 que resultaban sustituidos con la reforma constitucional eran *i)* el principio democrático (preámbulo y artículo 1), en virtud del cual «las decisiones públicas deben ser adoptadas según lo que convenga o interese al pueblo que, conforme al artículo 3 *ibidem,* es el titular de la soberanía y el origen del poder público»; *ii)* la prevalencia del interés general, la justicia y el bien común, principios y elementos y fundantes del Estado (artículo 1) que, en virtud del artículo 133 de la Carta, deben motivar la actuación de los miembros de las corporaciones públicas; y *iii)* el principio de separación de poderes (artículo 113), el cual «busca evitar la concentración del poder y de las decisiones públicas en unos mismos sujetos, así como garantizar el mutuo control entre los servidores públicos, con el ánimo de promover, potenciar y llevar a su plenitud los valores democráticos».

En suma, con relación al régimen del conflicto de intereses, la Corte dejó en claro la importancia constitucional del mismo, y la necesidad de preservarlo y fortalecerlo. Sin embargo, dichas consideraciones fueron complementadas a partir del análisis del régimen de financiación de campañas, tal y como lo hemos anticipado.

Al respecto, la Corte recordó que el sistema de financiación de campañas en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter mixto, por lo que la financiación pública es necesaria, pero también se admite la financiación privada. Para ello, estudió entre otras cosas, las discusiones y fundamentos que llevaron a que la Asamblea Nacional Constituyente estableciera esta fórmula, concluyendo que, en todo caso, el constituyente era consciente

que existían riesgos de una captura corporativa del Estado a raíz de la financiación de las campañas por parte de particulares.

De igual manera, también reconoció que el régimen constitucional ha sido modificado en dos oportunidades –en el 2003 y en el 2015– con el objetivo de establecer límites a los gastos de las campañas, la cuantía de la financiación privada, y proscribir aquella que sea realizada con fines antidemocráticos. Así mismo, la sentencia reseña el régimen legal de la financiación privada, recalcando la importancia de los artículos 16, 20 23 y 24 de la Ley 1475 del 2011. En tal medida, recuerda que a pesar de que se autoriza la financiación privada para campañas y candidatos, esta tiene límites proporcionales a los gastos de la campaña, salvo para el caso de las donaciones y aportes realizados por el círculo cercano del congresista.

Sin embargo, pese a que reconoce la existencia de dichos límites, a su vez reitera que se trata de un régimen un tanto laxo que supone diversos riesgos. De allí que el ordenamiento constitucional otorgue prevalencia a la financiación pública, procurando neutralizar la servidumbre en la que podrían caer los elegidos ante los diferentes centros de poder económicos. No obstante, la Corte también ha reconocido que anualmente los costos de las campañas se elevan, razón por la cual la financiación privada es necesaria y, por tanto, se requiere que el régimen de conflicto de intereses prevenga la vinculación de intereses privados que pretendan una retribución por parte de los congresistas en agradecimiento por los recursos donados a la campaña.

En tal sentido, el juez constitucional identifica cuando menos, cuatro riesgos ante la falta de control a la financiación privada de campañas: i) la prevalencia de intereses privados sobre el interés general; ii) la institucionalización de corrupción y la falta de transparencia; iii) la afectación a la representación política popular y iv) la posible injerencia de recursos ilícitos en la actividad legislativa. Y, en esa medida, recalca que la transparencia es una función gubernamental de la que se deriva que existan topes para la financiación que eviten la distorsión del interés ciudadano, se respete el principio de libertad en participación política y garantice que no se vacíe la voluntad política del elegido. Así, solo a través del fortalecimiento del régimen de conflicto de intereses, es posible impedir influencias indebidas dentro de la actividad legislativa.

Sumado a ello, la sentencia trae a colación tanto las intervenciones que fueron presentadas en el proceso, como sendos estudios realizados por organizaciones de la sociedad civil y doctrinantes en los que se indica que ante una regulación que no depure correctamente los conflictos de intereses, puede llevarse a una captura del Estado -entendida esta como una influencia desproporcionada de los sectores económicos-.

Así mismo, a partir de estos estudios, concluye que la financiación privada en sí misma no es un problema, y que, por el contrario, lo que eleva y permite materializar sus riesgos es una inadecuada regulación del conflicto de intereses. No obstante, reconoce, en buena parte al analizar estudios del derecho comparado, que en ocasiones las normas electorales propiamente dichas pueden ayudar a materializar dichos riesgos cuando promueven en cierta medida la opacidad de la información, así como la dificultad para el acceso a esta.

Por último, con relación a la financiación de campañas, la Corte trae a colación diversos compromisos regionales e internacionales que el Estado ha asumido en materia de transparencia y anticorrupción, como es el caso del Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Concluidas las consideraciones que integran el *obiter dicta,* la Corte pasa a resolver el problema jurídico concreto sobre si la norma demandada en efecto viola los artículos 1, 2, 3, 40, 107, 109, 123, 133 y 182 de la Constitución. Para ello, se concentra en hacer un análisis pausado respecto del procedimiento legislativo con el que se expidió la disposición demandada.

Así las cosas, empieza por identificar cuál era el objetivo del proyecto de ley, señalando que lo que pretendía era aportar una mayor seriedad al régimen del conflicto de intereses y así establecer condiciones claras para su puesta en práctica. Sin embargo, en esta primera parte del análisis, el juez constitucional detectó que la disposición demandada no se encontraba en la versión original del proyecto que fue presentada por sus autores.

Fue así como, a partir de una revisión de las diferentes etapas del procedimiento legislativo, descubrió que la letra e) objeto de demanda había sido incluida en el proyecto de ley por la comisión accidental que concilió los textos tras el primer debate en cada Cámara. De allí que enfocara a partir de ese momento su atención en los motivos y justificaciones que los ponentes del proyecto habrían dado para la inclusión de este apartado.

Entonces, la Corte determinó que, de acuerdo con las declaraciones hechas durante los debates del proyecto de ley, la disposición demandada tenía origen en tres cuestiones puntuales. La primera, era que los congresistas debían y podían fungir como representantes legítimos de determinados sectores a los que pertenecían –vale aclarar que esta era la posición mayoritaria del Congreso, pese a que algunos congresistas insistían en que la representación era popular respecto del electorado–. En segundo lugar, era necesario habilitar a los congresistas que tenían experiencia y conocimiento sobre sectores y temas específicos a participar en el procedimiento de formación de las leyes. Y finalmente, que la disposición tenía por objeto promover la transparencia e información, más no convertirse en un elemento del régimen del conflicto de intereses.

Sobre esta base, la Corte centró su análisis, en más que estudiar puntualmente la compatibilidad de la disposición con el texto constitucional, en determinar si las finalidades previstas por los legisladores con la inclusión de esta disposición en realidad se cumplían con ella o, si por el contrario, los otros elementos previstos en la Ley 2003 del 2013 subsumían dichos objetivos. Así entonces, la Corte concluyó que el objetivo de promover la participación de los congresistas con experiencia en un sector específico se cumplía con la d), que establece como excepción al conflicto de interés:

> Cuando el congresista participe, discuta o vote artículos de proyectos de ley o acto legislativo de carácter particular, que regula un sector económico en el cual el congresista tiene un interés particular, actual y directo, siempre y cuando no genere beneficio particular, directo y actual[4].

Así mismo, estimó que contrario a lo pretendido por los ponentes del proyecto conciliado, la disposición demandada en lugar de promover la transparencia e información, alentaba el ocultamiento de situaciones que en realidad podían constituir un conflicto de interés. Y que, en esa medida, el artículo 2 de la Ley que establece el deber de registrar ante la Secretaría los intereses privados de los congresistas era la disposición que en realidad velaba por la transparencia y la información pública de la actividad legislativa.

---

4 Literal d), Artículo 1, Ley 2003 del 2019.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte decidió declarar inexequible el apartado e) de la Ley 2003 del 2019. No sin antes, precisar el alcance de su decisión en los siguientes términos:

> Para terminar, la Sala Plena considera conveniente hacer las siguientes dos aclaraciones sobre el alcance de la presente decisión. Primera, la declaratoria de inconstitucionalidad no puede ser entendida en el sentido de que siempre que se configuren los supuestos fácticos que la norma contenía — participación, discusión o votación de artículos de proyectos de ley o de acto legislativo que beneficien a los sectores económicos de quienes fueron financiadores de la campaña electoral— existe, *per se*, un conflicto de intereses.
>
> … 224. La segunda aclaración consiste en que, de acuerdo con su redacción— «e) Cuando el congresista [...]»—, es evidente que la norma acusada únicamente regulaba los conflictos de intereses relacionados con la financiación privada de las campañas de los congresistas individualmente considerados. Es decir, no se ocupaba de los conflictos de intereses vinculados a la financiación particular de los partidos políticos o las bancadas. […]
>
> 225. Dada esta circunstancia, la presente decisión deberá entenderse circunscrita a la materia que desarrollaba el literal e) del artículo 1 de la Ley 2003 de 2019 —conflictos de intereses relacionados con la financiación privada de candidatos al Congreso—, por lo que no podrá hacerse extensiva a otros casos —conflictos de intereses en materia de financiación particular de partidos políticos y bancadas—, los cuales no fueron estudiados en esta oportunidad, dados los cargos propuestos y la literalidad del precepto acusado[5].

4. ANÁLISIS CRÍTICO

Sin duda, la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia C-302 del 2021 es de especial relevancia, se trata de un tema muy sensible: la financiación privada de campañas y el potencial conflicto de intereses que ella podría generar para un congresista. En especial, si se tiene en cuenta que tal y como lo reconoce la Corte en la sentencia, pese a la importancia

5 Corte Constitucional. Sentencia C-302 del 2021.

fundamental de la financiación estatal, hoy las campañas de los congresistas son prácticamente financiadas en su totalidad por parte de particulares.

Al respecto vale señalar que, si bien la Corte acudió a estudios que señalaban que cerca del 70% de la financiación de las campañas para Congreso en el 2014 había sido privada, los datos que arroja la información pública del aplicativo Cuentas Claras del Consejo Nacional Electoral para las elecciones del 2018 son aún más preocupantes. De hecho, para las elecciones legislativas de ese año, solo el 6,18% de los ingresos a las campañas correspondieron a dineros públicos, por anticipos[6]. Y es que el crecimiento de la financiación es exponencial, lo que resulta evidente al ver que al mes de marzo del 2022 –en donde apenas se contaba con el reporte del 43% de ingresos y gastos de los candidatos al Congreso–, solo el 0,09% de la financiación correspondía a recursos estatales[7].

Y es que, en buena parte, el incremento de la financiación privada de campañas se debe, entre otras razones, al interés que los sectores económicos tienen en contar con aliados y representantes directos en el marco del procedimiento legislativo. En particular, en el entendido que a pesar del tradicional *lobby* político que han ejercido ante el Congreso, cada vez sea más difícil para ellos "disuadir" al Congreso de entrar a estudiar y regular cuestiones que les generarán un efecto directo. Y es que, la ciudadanía y los movimientos sociales se han organizado cada vez más y mejor para ejercer un papel activo en exigir cambios legislativos en asuntos como la salud pública o la dignidad humana, tal y como lo señalaban los intervinientes dentro del proceso. No obstante, son muchos más los casos en los que los sectores económicos han ejercido presión para evitar dichos cambios regulatorios. Además de los ejemplos del asbesto[8], los impuestos

---

6 Transparencia por Colombia, Capítulo Transparencia Internacional, Financiación de Campañas Políticas 2018, s.f. Consultado en: https://transparenciacolombia.org.co/2019/03/05/financiacion-de-campanas-politicas-2018/

7 Misión de Observación Electoral, Informe pre electoral de financiación de campañas electorales. Elecciones Congreso de la República y consultas interpartidistas – *2022*, Bogotá, NED, Open Foundation, Suecia, IFA, 2022.

8 En este caso, vale la pena señalar que, pese a la resistencia de los sectores económicos, finalmente se logró la expedición de la Ley 1968 del 2019.

a las bebidas azucaradas y los sellos frontales en alimentos, están también otros temas que no solo han afrontado estas dificultades en Colombia como la regulación de plataformas digitales como Uber y Rappi[9], la prohibición de los plásticos de un solo uso, la regulación del uso de cigarrillos electrónicos, entre otros.

Pero entonces, de lo anterior se desprende que los riesgos y preocupaciones expresadas, no solo por la doctrina y la sociedad civil sino también por la misma Corte Constitucional, continúan en crecimiento, en cuanto que, en la práctica, la financiación de campañas tiende hacia la privatización poniendo en jaque las garantías democráticas que deben acompañar la actividad legislativa y en general, el ejercicio político en el país.

Pero a su vez, se trata de una decisión especialmente importante en la medida en la que se presenta a la mitad del periodo del Congreso 2018-2022, que como ya hemos visto, fue financiado en su mayoría por particulares; y justo antes del año electoral de 2022, en donde inclusive asociaciones empresariales han expedido recomendaciones y guías para promover la financiación corporativa de las campañas legislativas y presidenciales[10]. En tal sentido, se trata de una decisión que en abstracto es determinante para proteger el principio democrático y el interés general dentro del órgano legislativo. Especialmente en un contexto en donde *de facto*, empieza a ocurrir una captura económica del Congreso, no solo a través de la influencia desproporcionada que ejercen algunos sectores económicos, sino también por la cada vez más popular participación en política de empresarios e integrantes de agremiaciones económicas.

No obstante, es menester reconocer también que constituye una decisión que, debido a sus alcances, genera un riesgo para la transparencia

---

9 Para ver otros ejemplos y aproximaciones a las problemáticas de la regulación de este tipo de plataformas ver, por ejemplo, en el caso mexicano: Enrique García-Tejada, "¿Alguien quiere una rebanada de pizza? Los sesgos cognitivos en la contratación de servicios digitales: el punto ciego de la regulación en México", en *Latin American Law Review*, n.º 6, 2020, pp. 175-194. Consultado en: https://doi.org/10.29263/lar06.2021.08.

10 Ver, por ejemplo: Alberto Echavarría Saldarriaga, "Informe Impedimentos y topes de la financiación privada de campañas electorales", 20 de diciembre del 2021. Consultado en: http://www.andi.com.co/Uploads/Circular%20financiaci%C3%B3n%20de%20campa%C3%B1as%20electorales%202022.pdf

frente al electorado en la medida en que, en todo caso, la disposición que fue declarada inexequible imponía una carga informativa adicional para los congresistas la cual no se resuelve con las demás disposiciones, como lo sostiene la Corte en la sentencia.

Ahora bien, más allá de la importancia general de la decisión debido al contexto del país, vale la pena también hacer algunos comentarios puntuales sobre la sentencia en sí misma y, en tal sentido, sobre el razonamiento empleado por el juez constitucional en este caso. Al respecto haremos algunos comentarios en cuanto a las herramientas de análisis que utilizó, la forma en la que resolvió el problema jurídico y, finalmente, en cuanto a su proyección hacia el futuro.

Así las cosas, lo primero es señalar que, a pesar de tratarse de una providencia relativamente corta -si se compara con otras decisiones de la Corte que superan las 200 páginas aun cuando se trata de problemas jurídicos más o menos sencillos-, el juez constitucional eligió utilizar diferentes herramientas de análisis para construir su cadena argumentativa. En tal medida, no solo utilizó las fuentes tradicionales que son empleadas para este tipo de ejercicios de control de constitucionalidad, sino que también analizó desde la forma en la que se pensó y discutió originalmente el régimen del conflicto de intereses, pasando por las diferentes transformaciones que ha vivido a lo largo de los años y lo que es aún más importante, reconociendo sus limitaciones actuales para cumplir las finalidades con las que fue discutido por la Asamblea Nacional Constituyente.

En ese mismo sentido, resulta especialmente interesante que la decisión que la Corte, reconociendo sus limitaciones temáticas y competenciales, haya apelado directamente a la jurisprudencia de lo contencioso administrativo para suplir la ausencia de jurisprudencia constitucional en la materia. Tanto así, que no solo se enfocó en extraer conceptualmente elementos que sirvieran para el análisis de la norma, sino también empleó casuística que podría haberse enmarcado en el supuesto específico de la norma que estaba siendo demandada. Sin duda, una muestra importante de la relevancia que tiene fortalecer el diálogo entre jurisdicciones -y en particular entre altas cortes-, en lugar de generar los llamados *choques de trenes*.

Lo cierto es que, al terminar la sentencia, el lector o intérprete se percata de que, ante la ausencia de una definición constitucional del conflicto de intereses, la Corte emplea los rasgos identificados por el Consejo de

Estado como elementos identitarios del régimen y, a partir de los cuales, continúa su análisis en torno a la relación con la financiación de campañas.

Así mismo, es especialmente interesante la particular atención que prestó en esta oportunidad el juez constitucional a las intervenciones ciudadanas. Si bien es cierto que las sentencias de la Corte Constitucional siempre hacen alusión a las intervenciones, en este caso fueron tenidas realmente en cuenta para la construcción de los argumentos que sustentan la inexequibilidad de la norma. Tanto así que, inclusive, en algunos casos, el juez va más allá de la intervención y utiliza otras fuentes de información producidas por fuera del proceso por los mismos intervinientes. Esto sin duda, revela en buena medida, la forma en la que la participación ciudadana no solo es cada vez más valorada en el marco de los procesos, sino que también, los ciudadanos y la sociedad civil presentan escritos poderosos y bien fundamentados; a diferencia de lo que ocurrió con el concepto de la Procuraduría que, confundió por completo la discusión constitucional que se estaba generando a raíz de una errónea lectura e interpretación de la disposición demandada.

En tercer lugar, vale destacar especialmente el juicioso trabajo que hizo la Corte al realizar un estudio detenido y cuidadoso del procedimiento legislativo que permitiera identificar que la disposición demandada había sido incluida *accidentalmente* dentro del proyecto de Ley. Tanto así que concluyó que los fines con los que se había introducido ya habían sido cumplidos por el proyecto original. No obstante, resulta curioso que la Corte no estudiara con mayor detalle cómo es que podría haberse incluido esta especie de *mico,* si, además, como lo señalaban los mismos ponentes del proyecto conciliado, la disposición no guardaba relación con el conflicto de intereses.

En ese mismo sentido, resulta curioso que el juez constitucional, al resolver propiamente el problema jurídico haya omitido hacer valoraciones concretas sobre la constitucionalidad de la norma, utilizando como argumento central de la razón de la decisión que el objetivo pretendido con la norma ya se había cumplido con otras disposiciones de la Ley 2003 del 2019. Y con esto no estamos desconociendo que, dentro del *obiter dicta* el juez haya analizado el marco constitucional y legal del conflicto de intereses y los riesgos de la financiación privada de campañas; sino que la razón de la decisión al final no terminara teniendo fundamento directo con ello.

Por último, nos interesa llamar la atención sobre dos cuestiones más. La primera tiene que ver con: la oportunidad que la Corte dejó pasar para sentar un precedente claro y contundente en cuanto a los alcances de lo que podría entenderse por un conflicto de intereses en el contexto de los financiadores particulares. Si bien es cierto que el juez constitucional reconoció y utilizó las definiciones legales de lo que podría ser entendido como un beneficio para el congresista o su círculo cercano, se quedó corto en hacer un análisis más profundo en cuanto a la naturaleza de la relación que existe entre congresista y financiador; así como los réditos recíprocos que se desprenden de ella.

No obstante, esto nos lleva a la última cuestión, y es la que tiene que ver con la delimitación final que se hace respecto del alcance de la decisión. Sin duda, la Corte no solo precisó que sus consideraciones se restringen al supuesto específico de la norma, reafirmando que el análisis de los conflictos de intereses debe hacerse caso a caso; sino que, además, dejó en claro que la puerta queda abierta para pronunciarse en un futuro sobre otros escenarios de financiación privada, como es el caso de los partidos y movimientos políticos. En otras palabras, descartó la posibilidad de quedar limitada en un futuro por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional para supuestos análogos; preservando su competencia y autoridad para asumir una posición más, o menos contundente en el fondo de la discusión.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Consejo de Estado. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 3 de septiembre del 2002. Rad. 11001-03-15-000-2002-0447-01(PI-044).

Corte Constitucional. Sentencia C-302 del 2021.

Echavarría Saldarriaga, Alberto, "Informe Impedimentos y topes de la financiación privada de campañas electorales", 20 de diciembre del 2021. Consultado en: http://www.andi.com.co/Uploads/Circular%20financiaci%C3%B3n%20de%20campa%C3%B1as%20electorales%202022.pdf

García-Tejada, Enrique, "¿Alguien quiere una rebanada de pizza? Los sesgos cognitivos en la contratación de servicios digitales: el punto ciego de la regulación en

México", en *Latin American Law Review*, n.º 6, 2020. Consultado en: https://doi.org/10.29263/lar06.2021.08

Misión de Observación Electoral, Informe pre electoral de financiación de campañas electorales. Elecciones Congreso de la República y consultas interpartidistas – 2022. Bogotá, NED, Open Foundation, Suecia, IFA, 2022.

Transparencia por Colombia. Capítulo Transparencia Internacional, Financiación de Campañas Políticas 2018, s.f. Consultado en: https://transparenciacolombia.org.co/2019/03/05/financiacion-de-campanas-politicas-2018/

FLORALBA PADRÓN PARDO
MICHELLE M. PAZ GLEN

SU-150 de 2021
(Curules de Paz)

1. CONTEXTO

En el marco del Acuerdo de Paz (Acuerdo Final) para poner fin al conflicto entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC, un componente para la construcción de una paz estable y duradera fue la participación en política (punto 2.3.6. del Acuerdo de Paz). Esto implica, entre otras cosas, la apertura del escenario político, el robustecimiento de los espacios de participación[1], y el respeto a los valores democráticos, así como por quienes ejercen la oposición política[2]. Para lo cual, resulta trascendente la creación y la protección de las condiciones y las garantías necesarias para que (i) las organizaciones alzadas en armas se transformen en organizaciones políticas[3], y (ii) las víctimas del conflicto armado interno tengan representación en el Congreso de la República, de manera que, se logre la inclusión política de los territorios y poblaciones a los cuales pertenecen, así como la representación de sus intereses[4]. En el caso particular de las víctimas del conflicto armado interno, cabe recordar que estas son sujeto de especial protección constitucional, y sus derechos políticos se han visto históricamente restringidos e, incluso, anulados en virtud de la violencia extendida y generalizada en Colombia, y con ocasión de delitos como el desplazamiento forzado, amenazas, torturas, homicidios, desaparición forzada, entre otros[5].

Con la finalidad de poner en movimiento lo acordado en el Acuerdo Final en relación con la garantía de los derechos políticos de las víctimas, se promovió la creación de 16 circunscripciones transitorias especiales de paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026, a través del Proyecto de Acto Legislativo 05 de 2017 Senado, 017 de

---

1 Poder Legislativo, *Colombia: Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera,* 26 de junio de 2016, Cfr. p. 35, párrafos 1-2. Consultado en: https://jepvisible.com/images/normatividad/07-acto-legislativo-2-de-2017.pdf

2 *Ibid*. p. 35, párrafo 6.

3 *Ibid*. p. 36, párrafo 8.

4 *Ibid*. p. 36, párrafo 7.

5 *Ibid*. Apartado C. La demanda de tutela, parágrafo 121.

2017 Cámara. No obstante constituir un medio para el cumplimento de lo pactado en el Acuerdo de Paz, el citado Proyecto fue negado y archivado por no haber sido aprobado por la mayoría requerida por la plenaria del Senado de la República.

Es entonces en el ámbito de los derechos políticos en cabeza de las víctimas del conflicto armado interno, particularmente, la garantía efectiva de participación en los asuntos políticos por parte de las víctimas, donde tiene origen la Litis que da lugar al pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-150 de 2021. Como podrá observarse en el transcurso de esta crónica, la Corte Constitucional además de analizar la premisa común de las demandas propuestas sobre la reivindicación de la garantía efectiva de participación en los asuntos públicos por parte de las víctimas[6], entra a estudiar e interpretar el alcance de las decisiones legislativas y congresionales cuando se está frente a la lesión o amenaza de un derecho fundamental. A continuación, se explicará brevemente la plataforma fáctica del caso. Veamos.

Mediante decisión adoptada en sesión plenaria del Senado de la República el 30 de noviembre de 2017, la Mesa Directiva comunicó que "el informe de conciliación al proyecto de Acto Legislativo 05 de 2017 Senado, 017 de 2017 Cámara, *"Por medio del cual se crean 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026",* no obtuvo las mayorías requeridas para ser aprobado"[7]. Este proyecto obtuvo en la Cámara de Representantes una votación de 92 votos por el Sí y 33 por el No, y en el Senado de la República obtuvo 50 votos por el Sí y 7 por el No[8]. En este punto cabe resaltar que, para la fecha en que se llevó a cabo la votación sobre el informe de conciliación, "en la plenaria del Senado existían cuatro curules no reemplazables de los senadores Martín Morales, Bernardo Miguel Elías, Musa Besaile Fayad y Álvaro Ashton, quienes se encontraban suspendidos por razones judiciales [9].

---

6 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 118.

7 *Ibid.* Apartado C. La demanda de tutela, parágrafo 25.

8 *Ibid.* Apartado D. Hechos relevantes alegados en la demanda, parágrafo 28.

9 *Ibid.* Parágrafo 30.

En virtud de la decisión de archivar el proyecto de acto legislativo que creaba las circunscripciones para las víctimas del conflicto armado interno, el senador Roy Barreras Montealegre "actuando en nombre propio y en el de 6.670.368 habitantes de 166 municipios que conformarían las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes"[10], instauró acción de tutela contra la Mesa Directiva del Senado de la República. De esta manera, buscaba "el amparo de los derechos a la igualdad y al debido proceso en el trámite legislativo, junto con el derecho a la participación política de las víctimas"[11]. Derechos fundamentales que se consideraron violados, en virtud del desconocimiento por parte de la Mesa Directiva del Senado de la República frente a lo establecido por el artículo 134 constitucional en su inciso 3, y lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-080 de 2018 y en el auto 282 de 2019 en relación con el cumplimiento del requisito de las mayorías[12].

Si bien, el senador Roy Barreras intentó promover una nueva iniciativa para lograr la aprobación de las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz, esta no prosperó dado "el corto tiempo que existía en el período legislativo marzo a junio del año de 2018 y por la presencia de proyectos con mensaje de urgencia y de insistencia"[13]. Por otra parte, en la nueva legislatura se radicaron los proyectos de Acto Legislativo 01 y 04 de 2019 con el mismo propósito, pero "fueron archivados por no alcanzar el trámite requerido dentro de los términos constitucionales establecidos"[14].

Mediante sentencia de 12 de junio de 2019, el Juzgado 16 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá declaró improcedente el amparo propuesto por el senador Roy Barreras[15]. Entre las razones adjudicadas se encuentran el hecho de tener el acto acusado la naturaleza de acto administrativo de carácter general, razón por la cual no es procedente la acción de

---

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*

13 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Apartado D. Hechos relevantes alegados en la demanda, parágrafo 32.

14 *Ibid.*

15 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 49.

tutela (numeral 5, artículo 6 del Decreto 2591 de 1991)[16]. Adicionalmente, la sentencia C-080 de 2018 invocada por la parte accionante es una decisión que "se remonta al 15 de agosto de 2018, esto es, más de nueve meses de diferencia contados desde la radicación de la tutela"[17].

A través del escrito del 18 de junio de 2019, el senador Roy Barreras radicó recurso de apelación contra lo resuelto por el juez de primera instancia. En el cual argumenta, entre otras cosas, que el actuar arbitrario de la Mesa Directiva afecta el derecho de las víctimas a su reparación integral y a la representación política, que es un punto clave del Acuerdo Final. Respecto de esto último, también indicó que se trata de una vulneración permanente. Es decir, la situación de afectación es continua y actual en el entendido que las víctimas aún ven rezagada la garantía efectiva de sus derechos políticos[18].

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Para la parte accionante, el quorum decisorio para adoptar una decisión respecto al informe de conciliación en cuestión, debía reajustarse con base en el número total de miembros del Senado; esto por tener los cuatro miembros ausentes del Senado el carácter de no reemplazables en los términos establecidos por el artículo 134 superior en su inciso 3. Es decir, en vez de ser 102 los miembros del Senado, para tal efecto eran 98 los miembros habilitados para votar. Lo cual se traduce en: un quorum decisorio que pasó de 52 a 50 miembros mínimos requeridos para la aprobación del informe de conciliación[19].

Así las cosas, puesto que para el momento en que se adoptó la decisión en relación con el informe de conciliación en la plenaria del Senado existían cuatro curules no reemplazables (senadores que se encontraban suspendidos por razones judiciales), la decisión de la Mesa Directiva del

---

16 *Ibid.* Apartado D. Hechos relevantes alegados en la demanda, parágrafo 50.

17 *Ibid.*, parágrafo 51.

18 Al respecto, ver: Corte Constitucional. Sentencias T-293 de 2017 y T-614 de 2019.

19 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Apartado D. Hechos relevantes alegados en la demanda, parágrafo 30.

Senado desconoció lo establecido en el inciso 3 del artículo 134 constitucional de acuerdo con el cual: "para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas"[20].

Por otra parte, de acuerdo con lo señalado por los accionantes, el no reconocimiento por parte de la Mesa Directiva del Senado sobre la validez del resultado de una votación a todas luces legítima, constituyó no solo la vulneración de los derechos de las víctimas del conflicto armado interno a participar en política; sino también, su derecho a la reparación integral. En este sentido, Organizaciones Defensoras de Derechos Humanos obrando en calidad de coadyuvante recordaron que la creación de las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz fue concebida como una medida de satisfacción y una garantía de no repetición a favor de las víctimas[21].

Adicionalmente, se establece que la decisión de la Mesa Directiva constituye una violación al derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 constitucional. Puesto que, así como los miembros de la antigua guerrilla de las FARC y la ciudadanía en general cuentan con espacios para su efectiva participación en escenarios públicos para la defensa de los intereses que representan, las víctimas del conflicto también tienen derecho a acceder a estos y a que el Estado garantice el efectivo ejercicio de sus derechos políticos.

En lo que a la Mesa Directiva del Senado de la República concierne, no se configuró el quorum decisorio. El senador Ernesto Macías Tovar, en calidad de presidente del Senado de la República, señaló que, la decisión de archivar el proyecto de acto legislativo por parte de la Mesa Directiva se produjo conforme al "procedimiento establecido en la Constitución Política y el Reglamento del Congreso, particularmente la Ley 5ª de 1992 y las reglas jurisprudenciales aplicables para dicha fecha"[22].

---

20 *Ibid.*

21 *Ibid.* Parágrafo 121.

22 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Apartado E. Respuesta de la entidad accionada, parágrafo 36, numeral (iv).

Otro punto relevante dentro de los argumentos de la entidad accionada lo constituye el principio constitucional de la separación de poderes. Al respecto, la entidad establece que dar una orden judicial que modifique lo resuelto por el Congreso, constituiría "[…] una penosa intromisión en las decisiones y la autonomía de la Rama Legislativa del poder público y esto generaría efectos nefastos, tanto para la eficiencia de la administración de justicia como para el normal desarrollo de la función legislativa"[23].

En relación con la intervención de varios ciudadanos en coadyuvancia de la Mesa Directiva del Senado de la República, se destaca el que estimó improcedente la acción de tutela frente a la decisión adoptada por la entidad por tratarse de "un acto administrativo general, impersonal y abstracto, en relación con el cual existe expresa prohibición de que se pueda promover el amparo, en los términos del numeral 5, del artículo 6, del Decreto 2591 de 1991"[24].

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

En el contexto del derecho fundamental de las víctimas a la reparación integral y su garantía mediante la satisfacción de sus derechos políticos, la Corte Constitucional entra a analizar si el informe de conciliación del proyecto de Acto Legislativo 05 de 2017 Senado, 017 de 2017 Cámara, *"por el cual se crean 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026"* fue, en efecto, aprobado por la mayoría absoluta de la Sala Plena y, en consecuencia, la decisión de la Mesa Directiva del Senado de dar por no aprobado el proyecto de Acto Legislativo vulneró el derecho al debido proceso en el trámite legislativo del senador Roy Barreras, así como los derechos a la igualdad, a la participación política y a la reparación integral de las víctimas[25]. A continuación, se sintetizan las razones que fundamentan la decisión tomada por la Corte a partir del análisis de los siguientes aspectos: (i) las decisiones legislativas o congresionales no son absolutas – Acción

---

23 *Ibid.*

24 *Ibid.* Parágrafo 47.

25 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 264.

de tutela contra las actuaciones de las Mesas Directivas del Congreso; (ii) El derecho al debido proceso en el trámite legislativo; y (iii) el quorum y las mayorías en el trámite legislativo. Veamos.

3.1. LAS DECISIONES LEGISLATIVAS O CONGRESIONALES NO SON ABSOLUTAS – ACCIÓN DE TUTELA CONTRA LAS ACTUACIONES DE LAS MESAS DIRECTIVAS DEL CONGRESO

Si bien, las decisiones legislativas o congresionales se reconocen como "decisiones que se adoptan en la vida interna de las Cámaras"[26] y que "permiten el desarrollo del procedimiento legislativo"[27], la Corte Constitucional establece que el "único órgano autorizado para intervenir en sus actuaciones es el juez constitucional"[28]. Al respecto, la Corte determina que la justicia constitucional puede revisar decisiones de las Mesas Directivas del Congreso de la República cuando "se desconozcan los derechos fundamentales que conforman el procedimiento legislativo y que tengan efectos relevantes sobre la función representativa"[29]. En este sentido, la Corte puede entrar a tutelar los derechos fundamentales de los congresistas toda vez que se presenta una vulneración que "impacta en el núcleo esencial de la función representativa congresional"[30].

Ahora bien, dentro de las atribuciones que tienen los congresistas surge la pregunta de ¿cuáles son aquellas que, en efecto, se relacionan con el ejercicio de la función representativa congresional y, por tanto, trascienden al ámbito constitucional? Al respecto, la Corte señala que dicha función se concreta especialmente en: "(i) las actividades que implican el ejercicio y desenvolvimiento de la función legislativa, y (ii) en las herramientas jurídicas que se otorgan a los congresistas para llevar a cabo el control político a la actividad del gobierno y de otras autoridades públicas del Estado" (sic)[31].

---

26 *Ibid*. Parágrafo 206.

27 *Ibid*.

28 *Ibid*.

29 *Ibid*. Parágrafo 266.

30 *Ibid*. Parágrafo 267.

31 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 269.

Es, por tanto, en virtud del principio de supremacía de la Constitución (artículo 4 de la Constitución) que la justicia constitucional puede entrar a revisar determinados actos del Congreso. En este sentido, la Corte establece que, si bien, la salvaguarda de la autonomía y la independencia del Congreso justificarían la no intromisión de otro órgano estatal, "las garantías del poder legislativo no pueden entenderse como una cláusula de inmunidad absoluta frente a cualquier tipo de control pues, al contrario, debemos recordar que la Constitución prevé como principio, el funcionamiento separado de cada órgano y la colaboración armónica entre todos para la realización de los fines estatales, entre los que se cuentan, por supuesto, la efectividad de los derechos fundamentales"[32].

Así las cosas, el Congreso, "como órgano democrático, no es inmune a la capacidad normativa de la Constitución ni al conjunto de principios previstos en ésta y, de manera excepcional, puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela cuando quiera que desconozca las potestades mínimas o el núcleo esencial de las garantías u obligaciones previstas para el ejercicio de cualquiera de sus funciones"[33].

Dado que las actuaciones del Congreso de la República no gozan de inmunidad absoluta, pues están sujetas al principio de supremacía constitucional, la Corte determina que: en efecto, las actuaciones de la Mesa Directiva del Senado que desconozcan derechos fundamentales y tengan un impacto en la función representativa de los congresistas, pueden ser objeto de control judicial mediante tutela[34].

3.2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL TRÁMITE LEGISLATIVO

En palabras de la Corte, el procedimiento legislativo es "la forma en que, por excelencia, se expresa el principio democrático"[35]. Dentro de los pilares esenciales sobre los cuales se erige el principio democrático se encuentran:

---

32 I*bid*. Parágrafo 270.

33 *Ibid*.

34 *Ibid*. Parágrafo 272.

35 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 275.

(i) la preservación de la voluntad de las mayorías; (ii) la salvaguarda de los derechos de las minorías; y (iii) el amparo del pluralismo, la participación y la diversidad[36]. En ese sentido, una de las formas en que se materializa la protección y garantía del principio democrático es a través de la observación de una serie de reglas en el proceso legislativo, tales como: (i) las normas relacionadas con la determinación de quorum y de las mayorías (preservación del principio mayoritario)[37]; (ii) la obligatoriedad del debate así como de los dispositivos constitucionales y legales que imponen la obtención de una mayoría para la aprobación de un proyecto, pues de lo contrario se entenderá como negado (la salvaguarda de los derechos de las minorías)[38]; y (iii) el respeto a los derechos y garantía de la oposición (Ley 1909 de 2018) (amparo del pluralismo, la participación y la diversidad)[39].

Teniendo en cuenta los principios que dependen de la observancia de un debido proceso en lo que al procedimiento legislativo se refiere, la Corte determina que, en virtud del principio de corrección formal, y en aplicación de la teoría de los *interna corporis acta*, la regla general es que "siempre que exista la posibilidad de controvertir internamente las decisiones legislativas adoptadas por las mesas directivas, es obligación proceder en ese sentido"[40]. Lo anterior con el objeto de proteger la autonomía y la independencia del Congreso tratándose de la corrección de sus propios errores[41]. Pero, en aquellos casos en que (i) no se haya dado la oportunidad de controvertir las decisiones legislativas de las Mesas Directivas o (ii) en los cuales, si bien existe la garantía de hacer uso de un instrumento de controversia u oposición, esta no brinde los supuestos de independencia y objetividad necesarios para tal efecto, puede exceptuarse el cumplimiento del deber de acudir a los mecanismos internos y acudir al amparo constitucional por la vía de la acción de tutela[42].

---

36 *Ibid*. Parágrafo 276.

37 *Ibid*. Parágrafo 278.

38 *Ibid*.

39 *Ibid*.

40 *Ibid*. Parágrafo 289.

41 *Ibid*.

42 *Ibid*.

Adicional a la configuración de uno los anteriores presupuestos, el escenario excepcional de acudir al amparo constitucional por la vía de acción de tutela también exige que se trate de (i) "actos congresionales previos a la aprobación de una ley o de un acto legislativo" (una vez ingresan al ordenamiento jurídico la vía idónea es la acción pública de inconstitucionalidad)[43]; y (ii) que la violación tenga efectos relevantes sobre la función representativa[44].

3.3. EL QUORUM Y LAS MAYORÍAS EN EL TRÁMITE LEGISLATIVO

La Corte Constitucional procede a aclarar los conceptos de quorum y mayoría a fin de establecer si se configuró o no la mayoría requerida para la aprobación del Proyecto de Acto Legislativo. Basándose en lo establecido por los artículos 134 y 145 de la Constitución, y lo establecido por la Ley 5ª de 1992 orgánica del Congreso en relación con ambas figuras (artículos 116 y 117), la Corte determina que la principal diferencia entre una y otra figura radica en lo siguiente: "mientras el **concepto de *quórum* tiene un sentido netamente** operativo, pues sin su satisfacción no es posible empezar a abordar la discusión y la aprobación de una iniciativa, **la *mayoría*, por el contrario, se enfoca en el aspecto** sustantivo **de identificar la expresión de la voluntad legislativa** manifestada en el acto de votación"[45]. (las negrillas y el subrayado son nuestros)

Teniendo en cuenta la distinción expuesta, la Corte concluye: "**la constatación de la mayoría requerida para efectos de aprobar una proposición o una iniciativa legislativa, no puede realizarse de forma abstracta y descontextualizada de la verificación del *quórum* decisorio**, pues el carácter reglado del procedimiento legislativo impone un esquema de cumplimiento de orden consecuencial, en el que **sobre la base de la acreditación de esta última figura, es que cabe habilitar el acto de votación y verificar si la decisión se acompañó**

---

43 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 292.

44 *Ibid.*

45 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 306.

con el número de votos mínimos que cada acto congresual exige"[46]. (las negrillas son nuestras)

Una vez aclarada la distinción principal entre quorum y mayoría, la Corte recurre al inciso 3 del artículo 134 de la Constitución, pues conforme a este se puede determinar cada figura[47]. El artículo 134 constitucional establece en su inciso 3 lo siguiente: "Para efectos de conformación de quorum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas".

Si bien la regla citada se refiere expresamente a la conformación del quorum, la Corte Constitucional establece que también se extiende para la determinación de las mayorías[48]. Esto, por cuanto: "**el principio de unidad excluye que el inciso 3 del artículo 134 de la Carta, se restrinja a un sentido limitado únicamente a la conformación del *quórum***. En efecto, los artículos 145 y 146 del Texto Superior, previamente explicados, para efectos de regular el proceso de conformación de la voluntad democrática, referente a la determinación del número mínimo de congresistas que se requiere para deliberar y tomar una decisión, apelan a un esquema de orden consecuencial, en el que sobre la base de la acreditación tanto del *quórum* deliberatorio como decisorio, se habilita continuar con el acto de votación y, por ende, se permite verificar si una decisión obtuvo el número de votos mínimos requeridos para efectos de su lograr aprobación". (las negrillas son nuestras)

"**Una lectura contraria generaría que existieran dos formas de entender la integración de una corporación pública, una para el *quórum*, y otra para la mayoría, lo cual desconoce el esquema concurrente y sincrónico de actuación ideado por el Constituyente, y que se reconoce por el legislador orgánico en el encabezado del artículo 117 de la Ley 5ª de 1992**, el cual, como ya se ha visto, establece que: Las decisiones que se adoptan a través de los diferentes modos de votación surten

---

46 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 308.

47 *Ibid*. Parágrafo 310.

48 *Ibid*. Parágrafo 323.

efectos en los términos constitucionales. La mayoría requerida, establecido el quórum decisorio, es la siguiente: […]"[49]. (las negrillas son nuestras)

Con base en el anterior análisis, la Corte determina que aun sin remitirse a los precedentes que existen sobre la determinación del quorum y las mayorías en la jurisprudencia constitucional: "**los principios de unidad constitucional, de efecto útil y de interpretación sistemática, conducen a entender que, […] la regla del artículo 134 de la Constitución, sobre la reducción de los integrantes** de una Corporación por efectos de (i) la sanción de no ser susceptibles de ser reemplazados (figura de la *silla vacía*) o (ii) por la aplicación de los impedimentos o recusaciones aceptadas[520], se aplica tanto para la determinación del *quórum* como para la definición de las mayorías"[50]. (las negrillas y el subrayado son nuestros)

Debido a lo expuesto, la Corte determina que "le asiste razón al senador Roy Barreras Montealegre, pues efectivamente el tercer informe de conciliación que se encuentra publicado en la Gaceta del Congreso 1100 de 2017, fue aprobado por la plenaria del Senado con las mayorías exigidas para el efecto, el día 30 de noviembre de 2017"[51]. Por cuanto, tres senadores (Martín Emilio Morales Diz, Bernardo Miguel Elías Vidal y Musa Besaile Fayad) habían sido suspendidos de su investidura "dando lugar a la aplicación de la sanción de no ser susceptibles de ser reemplazados, es innegable que se produjo una reconfiguración del Senado, por virtud de la cual el *quórum* y las mayorías se debían calcular sobre un total de 99 senadores"[52]. Así las cosas, la mayoría absoluta requerida correspondía a cualquier número igual o superior a 50 votos aprobatorios; los cuales obtuvo la votación del tercer informe de conciliación[53]. Es decir, que el Acto Legislativo 05 de 2017 Senado, 017 de 2017 Cámara fue debidamente aprobado[54].

Por tanto, la Corte decide: (i) dar por aprobado el proyecto de Acto Legislativo 05 de 2017 Senado, 017 de 2017 Cámara, *"por el cual se crean*

---

49 *Ibid*.

50 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 423.

51 *Ibid*. Parágrafo 422.

52 *Ibid*. Parágrafo 424.

53 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 425.

54 *Ibid*. Parágrafo 447.

16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes en los períodos 2018-2022 y 2022-2026[55]"; y (ii) disponer que se proceda por el área respectiva tanto del Senado de la República como de la Cámara de Representantes, a desarchivar y ensamblar el documento final aprobado, conforme al texto conciliado por ambas Cámaras y que fue publicado en las Gacetas del Congreso 1100 y 1102 del 27 de noviembre de 2017 respectivamente, correspondiente al tercer informe de conciliación[56].

Como consecuencia de lo anterior, la Corte entra a determinar que, en efecto, la negativa de la Mesa Directiva del Senado de la República desconoció que las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz son: (i) "un mecanismo corrector para garantizar la *igualdad material* de las víctimas en el acceso al sistema electoral"[57]; (ii) "su otorgamiento es una herramienta esencial para que puedan ejercer cabalmente su *derecho a la participación política*"[58]; y (iii) "su consagración tiene una evidente vocación reparadora y de fortalecimiento político de las víctimas"[59].

En virtud de lo anterior y en aras de hacer efectiva la garantía de protección de los derechos de las víctimas a la igualdad, a la participación política y a la reparación integral, la Corte ordena que se adopte "una orden extraordinaria y estructural, consistente en disponer que las Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la Cámara de Representantes apliquen para los períodos constitucionales 2022-2026 y 2026-2030"[60].

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA DECISIÓN

La decisión de la Corte Constitucional es acertada por cuanto con ella se salvaguardan los principios de (i) supremacía de la Constitución, al ser esta la norma de cierre de nuestro ordenamiento jurídico; y (ii) de eficacia

---

55 *Ibid*. Parágrafo 449.

56 *Ibid*.

57 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 455.

58 *Ibid*.

59 *Ibid*.

60 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 456.

normativa de la Constitución, es decir, como norma jurídica aplicable y no de contenido meramente declarativo.

Al establecer la Corte que, las decisiones de las Mesas Directivas del Congreso pueden ser objeto de control por parte del juez de tutela cuando (i) estas constituyen una violación a los derechos fundamentales como lo es el derecho al debido proceso y (ii) ello tiene un impacto en el núcleo esencial de las funciones del Congreso, la Corte sienta una vez más su posición frente al carácter no absoluto de los principios de autonomía e independencia de los órganos del poder público. Por ejemplo, en la sentencia C-630 de 2017, la Corte recuerda que si bien, "los órganos del Estado deberán gozar de autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones"[61], esto debe entenderse "sin perjuicio del deber de colaboración armónica para el cumplimiento de sus funciones"[62].

De otra parte, en la sentencia T-382 de 2006, la Corte Constitucional estableció respecto a la autonomía e independencia de los órganos democráticos, particularmente del Congreso, lo siguiente: "El parlamento, como órgano democrático, no es inmune a la capacidad normativa de la Constitución ni al conjunto de principios previstos en ésta y, **de manera excepcional, puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela** cuando quiera que desconozca las potestades mínimas o el núcleo esencial de las garantías u obligaciones previstas para el ejercicio de cualquiera de sus funciones"[63]. (el subrayado y las negrillas son nuestros)

Así las cosas, cuando un acto o decisión de un órgano del Estado contraríe el parámetro supremo de referencia al que están sujetos tanto las autoridades como los particulares[64], el cual es, la Constitución, la justicia constitucional, por ejemplo, podrá en función de la protección del principio de supremacía de la Constitución, así como del deber de colaboración armónica entre los distintos órganos democráticos, ejercer control frente a dicho acto o decisión. Este control se hace extensivo a los actos

---

61 Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2017. Apartado 2.3, numeral (xv), párrafo 2.

62 *Ibid*.

63 Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2017. Apartado 3.2., párrafo 21.

64 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2017. Apartado 2.3, numeral (xv), párrafo 2.

considerados como "la expresión más clásica del principio de autonomía de las Cámaras"[65], los *acta interna corporis,* es decir, "aquellos actos que agotan sus efectos en el interior de la Cámara, no produciendo efectos jurídicos externos"[66].

En el caso de España, el Tribunal Constitucional abandonó la postura de control inexistente frente a los *acta interna corporis.* Sentencias como la STC 161/1988 de 20 de septiembre así lo demuestran[67], al establecer que el Tribunal Constitucional puede "supervisar la actividad parlamentaria interna"[68]. De acuerdo con López de Lerma Galán[69], esta postura no supone "constitucionalizar todos los derechos y facultades, que conforman el Estatuto Parlamentario, sino aquellas pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria como las relacionadas con la potestad legislativa y de control de la acción de Gobierno"[70].

Ahora bien, el control que puede ejercer la justicia constitucional también encuentra sus límites. En el caso de la revisión de las decisiones de las Mesas Directivas del Congreso de la República por vía de la acción de tutela, la justicia constitucional solo podrá revisarlas cuando (i) se infringen derechos fundamentales, lo cual también constituye una vulneración de la Constitución (por una parte, tenemos la afectación de derechos fundamentales por el desconocimiento de normas constitucionales y, por otra, la procedencia de la acción de tutela para proteger la Constitución cuando se afectan derechos fundamentales); y (ii) la vulneración impacta en la función representativa congresional. Asimismo, deberá observarse que no haya existido la oportunidad de controvertir la decisión[71] o que,

---

65 Jesús López de Lerma Galán, "El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional", 2021, p. 105. Consultado en: http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp 95-12.

66 *Ibid.* p. 108.

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*

69 Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos.

70 López de Lerma Galán, *op. cit.,* p. 108.

71 Este requisito también es exigido en el Derecho español. El Tribunal Constitucional ha establecido que es necesario "acreditar haber agotado las vías internas para poder acceder al recurso de amparo" (Citado en: López de Lerma Galán, *op. cit.*, p. 109).

de existir, no se presenten los supuestos de independencia y objetividad frente a quien se interpone el disentimiento o la controversia[72].

Así las cosas, el control que la justicia constitucional puede efectuar respecto de los actos internos del Congreso, también está sujeto a ciertos requisitos. Lo cual, permite salvaguardar el principio de separación de poderes. Principio que está intrínsecamente relacionado con el principio de colaboración armónica entre los distintos órganos del poder público. La lectura conjunta de estos permite reconocer que, tanto las funciones ejercidas por los órganos democráticos, como el control que sobre los mismos se ejerza (i) tienen sus límites en la autonomía e independencia del órgano, recordando siempre que "autonomía no equivale a soberanía[73] pues, "en un verdadero Estado de derecho, ninguna autonomía puede ejercerse de espaldas a la Constitución"[74] y, (ii) que el norte debe ser la realización adecuada de los fines de los diferentes órganos del Estado (artículo 113 de la Constitución Política de Colombia)[75].

En relación con el principio de eficacia normativa de la Constitución, la Corte Constitucional expresa que el principio de supremacía de la Constitución precisa de la garantía de este principio: "el principio supremacía

---

Así las cosas, una vez acreditado el cumplimiento de este requisito, son objeto del recurso de amparo, de acuerdo con la legislación española: "las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas, que violen los derechos y libertades" (Citado en: López de Lerma Galán, *Ibid.*, p., 109).

72 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 293, numeral (v).

73 Ángela Figueruelo Burrieza, "El control de la constitucionalidad de los actos parlamentarios. Reforma Judicial", en *Revista Mexicana de Justicia*, [S.l.], jan. 2003. ISSN 2448-7929. Consultado en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8547/10554>. DOI: Consultado en: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487929e.2003.1.8547. IV. El parlamento en cuanto órgano autónomo, pero no soberano. Párrafo 5.

74 *Ibid.*, El parlamento en cuanto órgano autónomo, pero no soberano. Párrafo 8.

75 **Constitución Política de Colombia. Artículo 113**. Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomo e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. **Los diferentes órganos del estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines**. (las negrillas son nuestras)

constitucional requiere que la Carta deje de ser tomada como un simple documento declarativo, para admitir que corresponde a un texto normativo, aplicable de modo directo y exigible judicialmente"[76].

Dentro del análisis que hace la Corte en la sentencia objeto de estudio, SU-150 de 2021, se ve reflejada la aplicación del principio de eficacia normativa de la Constitución cuando esta entra a determinar las reglas para la configuración del quorum y la determinación de la mayoría absoluta, de acuerdo con lo establecido en los artículos 134 (inciso 3), 145 y 146 de la Constitución. Al respecto, la Corte establece que para la época de los hechos el artículo 134 ya incorporaba la regla para la determinación del quorum, "al haber sido introducida mediante los Actos Legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015"[77]. Por tanto, no es que la Corte haya introducido una nueva interpretación del artículo 134 sobre las figuras de quorum y mayoría en la sentencia C-080 de 2018[78] y en el Auto 282 de 2019[79]. Bien hace la

---

76 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 289.

77 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 426.

78 En lo que respecta a la sentencia C-080 de 2018, la Corte Constitucional determinó lo siguiente: "**la única forma de garantizar el principio de unidad de la Constitución en la interpretación del ámbito de aplicación de la regla contenida en el inciso tercero del artículo 134 de la Constitución –relativa a la forma de determinar el número de miembros de la corporación en los casos de vacancias que no puedan ser reemplazadas por las causales previstas en su inciso segundo y/o por impedimentos y recusaciones aceptadas–, es la de entender que dicha regla se aplica tanto para efectos de establecer el *quórum* como para efectos de establecer las *mayorías*, cuando quiera que ellas se deban calcular en función del número de *miembros* o integrantes de la corporación**. Dicha interpretación resulta además conforme a la historia y a los propósitos de la regla que, como se sabe, pretendía garantizar el funcionamiento del Congreso en las condiciones que surgieron a partir de la reforma constitucional del 2009 mediante la cual se introdujo la figura de la llamada silla vacía (curules que no pueden ser reemplazadas), regla que en la reforma constitucional de 2015 se hizo extensiva, con el mismo propósito, a los casos de impedimentos y recusaciones aceptadas". Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018. Epígrafe 3.5.5, párrafo 12. (las negrillas son nuestras)

79 En el Auto 282 de 2019, la Corte Constitucional reitera lo dicho en la sentencia C-080 de 2018 en relación con las curules que no pueden ser reemplazadas para efectos de determinar quorum y mayorías: "Cabría concluir, en consecuencia,atendiendo a las

Corte en señalar que no se está efectuando una nueva interpretación de las reglas aplicables al quorum y las mayorías, y mucho menos una aplicación retroactiva de las providencias citadas, pues estas providencias realizan una interpretación exegética de las reglas establecidas por la Constitución para estas figuras. Reglas que, en virtud de la supremacía normativa de la Constitución, tienen por sí mismas eficacia directa para su aplicación. Es decir, que no debe mediar desarrollo alguno para que produzcan efectos jurídicos y sean aplicadas[80]. Respecto de este análisis, la Corte estableció que el objeto del juicio no era otro que el de "verificar la forma como se interpretó y dio aplicación a una norma superior ya vigente, que resultaba obligatoria y cuyo desconocimiento, se señala, vulnera los derechos fundamentales que se invocan, para lo cual, tal y como se advirtió con anterioridad, ni siquiera es indispensable recurrir a lo señalado en tales fallos"[81].

En suma, como resultado del análisis que hace de las normas constitucionales sobre quorum y mayorías, y la interpretación efectuada por la Mesa Directiva del Senado respecto a estas, la Corte Constitucional advierte un actuar arbitrario e inconstitucional cuya consecuencia fue la vulneración del derecho a la reparación integral de las víctimas del conflicto armado[82]. Así las cosas, la Corte con su decisión no solo salvaguarda los principios de supremacía de la Constitución y de eficacia normativa de la

---

razones históricas que motivaron la adopción de la regla, que *las curules* **que no pueden ser reemplazadas, para efectos de *quorum* y mayorías, son aquellas que corresponden a integrantes de la Corporación que carecen, en relación con una decisión, de *capacidad jurídica* para participar en su adopción por encontrase impedidos para el ejercicio de las funciones o separados del cargo, como consecuencia de encontrarse incursos en faltas temporales o absolutas que la ley no ha determinado que puedan ser reemplazadas**". Corte Constitucional. Auto 282 de 2019. Numeral 2.6. (las negrillas son nuestras).

80 Agustín De Asís Roig, "La ley como fuente del derecho en la Constitución de 1978", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría,* Madrid, Civitas, 1991, p. 177. Tomado de: Floralba Padrón Pardo, Alexei Julio Estrada y Humberto Antonio Sierra Porto, *El sistema normativo colombiano, en Lecciones de derecho constitucional,* t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

81 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 428.

82 Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021. Parágrafo 381.

misma a través de la interpretación de las figuras de quorum y mayoría conforme a lo establecido por la misma Constitución sino, también, por medio de la protección de los derechos de las víctimas a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40 de la Constitución Política de Colombia)[83] junto con la garantía de su derecho a la reparación integral (materializado en la toma de vocería y efectiva su participación en el escenario público); porque, cuando se protegen los derechos fundamentales también se está salvaguardando la supremacía e integridad de la Constitución.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Asís Roig, Agustín De, "La ley como fuente del derecho en la Constitución de 19782", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.

Corte Constitucional. Sentencia C-630 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia T-293 de 2017

Corte Constitucional. Sentencia T-614 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia SU-150 de 2021.

Figueruelo Burrieza, Ángela, "El control de la constitucionalidad de los actos parlamentarios. Reforma Judicial", en. *Revista Mexicana de Justicia*, [S.l.], jan. 2003. Consultado en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8547/10554>. DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487929e.2003.1.8547.

López de Lerma Galán, Jesús, "El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional", 2021. Consultado en: http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp 95-12.

---

83 En el parágrafo 381 de la Sentencia SU-150 de 2021 la Corte Constitucional hace referencia a esto.

Padrón Pardo, Floralba; Julio Estrada, Alexei y Sierra Porto, Humberto Antonio, *El sistema normativo colombiano, en Lecciones de derecho constitucional*, t. II. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Poder Legislativo, Colombia: Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, 26 de junio de 2016, Cfr. p. 35, párrafos 1-2. Consultado en: https://jepvisible.com/images/normatividad/07-acto-legislativo-2-de-2017.pdf

DIEGO ANDRÉS GONZÁLEZ MEDINA
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

SU-257 de 2021
(Nuevo Liberalismo)

1. CONTEXTO

El 9 de noviembre de 2017, varios integrantes del partido Nuevo Liberalismo (en adelante, NL) presentaron derecho de petición ante el Consejo Nacional Electoral (en adelante, CNE), mediante el cual solicitaron, entre otras cuestiones, el reconocimiento de la personería jurídica (en adelante, PJ) a dicho partido político. Esta solicitud se fundó en lo previsto por el punto 2 del Acuerdo Final de Paz suscrito entre Gobierno Nacional y las FARC-EP, el 24 de noviembre de 2016. En criterio de los solicitantes, este Acuerdo *"previó alternativas para ampliar la participación política en función de la existencia previa de personería jurídica"*[1]. Además, afirmaron que, con base en dicho Acuerdo Final, el CNE reconoció PJ al partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común – FARC, por lo que también debía reconocer la PJ al partido NL.

Mediante la Resolución 794 de 2018, el CNE negó dicha solicitud, por las siguientes razones:

(i) No es procedente la aplicación directa del Acuerdo Final para el reconocimiento de PJ de partidos políticos.

(ii) Las personas que presentaron la solicitud de reconocimiento de PJ carecían de legitimación en la causa. Esto, porque el único director y representante legal del movimiento NL era el señor Carlos Antonio Ardila, quien no presentó la referida solicitud.

(iii) Si bien la personería jurídica del NL fue cancelada en 1988, el CNE le reconoció *"nuevamente personería"* a este partido, mediante la Resolución 269 de 2000. Este movimiento perdió de nuevo su PJ por medio de la Resolución 1057 de 2006, por cuanto no superó *"el 2% de la votación válida para Senado o Cámara"*.

El 30 de abril de 2018, los mismos integrantes del NL presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución 794 de 2018. Además de la nulidad de esta decisión, solicitaron que se ordenara el reconocimiento de PJ al partido NL. Como medida provisional, pidieron suspender los efectos de dicha resolución. Mediante los autos del 7 de mayo y del 6 de julio, ambos de 2018, el Consejo de Estado admitió

---

1 Corte Constitucional. Sentencia SU 257 de 2021.

la demanda y decretó la medida de suspensión provisional. En particular, ordenó al CNE *"estudiar nuevamente la solicitud de reconocimiento de personería jurídica del partido"* NL. Esto, porque, según el Consejo de Estado, el CNE confundió al *"movimiento Nuevo Liberalismo"* con el *"partido Nuevo Liberalismo*", "[…] lo que derivó en una inexistente falta de legitimación de los peticionarios y en una continuidad política que tampoco acaeció". Por tanto, ordenó a dicha autoridad "analizar de fondo los elementos fácticos con los cuales los interesados demostraron la violencia sufrida por los miembros" del NL.

En cumplimiento de dicha orden, el CNE emitió la Resolución 2003 de 2018. En esta decisión, dicha autoridad reconoció que "i) el Partido Nuevo Liberalismo es una colectividad política diferente al Movimiento Nuevo Liberalismo; y, ii) los solicitantes se encontraban legitimados en la causa para solicitar la personería jurídica del Partido Nuevo Liberalismo". Sin embargo, negó la solicitud de reconocimiento de PJ a dicho partido. Esto, por dos razones. Primero, del Acuerdo Final no deriva, de manera automática, derecho alguno de reconocimiento de PJ a los partidos políticos. El CNE resaltó que, con base en este argumento, había negado el reconocimiento de PJ a múltiples partidos entre 2017 y 2018. Segundo, los casos de los partidos NL y Unión Patriótica (en adelante, UP) son diferentes, por lo que la sentencia de este último caso no es precedente para el NL. A diferencia de la UP, el NL perdió su PJ por solicitud de su líder político, que no por su magnicidio. En criterio del CNE, la "extinción de dicha organización política" no fue consecuencia de "circunstancias excepcionales y ajenas la voluntad del partido", sino de la solicitud expresa de Luis Carlos Galán relativa a la "cancelación de la personería jurídica del NL, para adherirse al partido Liberal y participar en la consulta presidencial".

Tras la reposición interpuesta por la Procuraduría General de la Nación, el CNE confirmó dicha decisión mediante la Resolución 276 de 2019. Esta resolución determinó que el NL integró el partido Liberal mediante la suscripción de un acuerdo programático; esto dio lugar a que se modificaran los estatutos del partido Liberal, para que, entre otras, la elección del candidato presidencial se llevara a cabo por medio de consulta. Al respecto, el CNE resaltó que el candidato César Gaviria Trujillo "obtuvo la victoria" y que su "campaña fue realizada bajo las banderas de Luis Carlos Galán Sarmiento", lo que demuestra que el NL no perdió el "apoyo de sus

electores". Por último, advirtió que "resulta notorio que los ex militantes del NL siguieron y siguen participando en la actualidad de manera activa en la política del país", por lo que este caso no es asimilable a la UP, cuyos integrantes fueron víctimas de *"exterminio"*.

Por medio de la sentencia del 16 de mayo de 2019, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó las pretensiones de nulidad formuladas por los accionantes. Esta decisión se fundamentó en dos argumentos. Primero, del Acuerdo Final no deriva una obligación de reconocimiento automático de personería jurídica de partidos políticos. Segundo, el caso del NL es diferente al de la UP. Mientras que el NL perdió su PJ, porque, de manera voluntaria, el líder del partido así lo solicitó, para adherirse al partido liberal, la UP perdió su PJ, dado que "no pudo presentar candidatos y participar en las elecciones por el exterminio de sus militantes". En otros términos, la UP "sí perdió su personería jurídica, mientras que el NL renunció a ella". Al respecto, advirtió que, si bien "las dos organizaciones fueron víctimas de violencia, en el caso del partido fundado por Luis Carlos Galán Sarmiento, la violencia no fue la causa de su desaparición, por lo que no se desconoció el principio de igualdad".

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

El 25 de septiembre de 2019, algunos integrantes del partido NL presentaron acción de tutela en contra de la referida sentencia del 16 de mayo del mismo año. En su solicitud de amparo, alegaron que dicha autoridad vulneró sus derechos fundamentales a fundar partidos políticos y a la igualdad. Por tanto, solicitaron que se dejara sin efectos la referida sentencia y, en consecuencia, se ordenara al CNE que reconociera PJ al partido NL. Además de señalar que, esta solicitud cumplía los requisitos generales de procedibilidad, los accionantes alegaron que el Consejo de Estado incurrió en los siguientes defectos específicos:

(i) *Defecto fáctico.* El Consejo de Estado no valoró de manera adecuada las pruebas que acreditaban la violencia que sufrió el NL. Al respecto, señalaron que, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, "*la renuncia a la personería jurídica es un hecho importante, pero perdió todo sustento en el momento en que asesinaron a Luis Carlos Galán Sarmiento*".

En efecto, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia *"muestran con toda evidencia que el Nuevo Liberalismo fue blanco de una campaña de violencia sistemática contra su equipo dirigente y militantes, cuyo punto culminante fue el asesinato de Luis Carlos Galán, pero que venía de tiempo atrás y que se prolongó después del magnicidio, lo cual buscó la eliminación física de ese partido político"*.

(ii) *Desconocimiento de precedente*. El Consejo de Estado desconoció el precedente de la UP. En criterio de los accionantes, la pérdida de PJ del NL fue producto del contexto de violencia, *"en términos similares a lo acaecido con el partido político Unión Patriótica"*. Pese a lo anterior, mientras que dicha autoridad, en el caso de la UP, *"inaplicó las reglas ordinarias previstas por la Ley 130 de 1994, en el caso del Nuevo Liberalismo, a partir de consideraciones accidentales, decidió aplicarlas"*. Así las cosas, el Consejo de Estado debió aplicar al NL *"la misma subregla jurisprudencial que en el caso de la Unión Patriótica, pues carecía de apoyo probatorio para concluir que se trató de circunstancias de normalidad"*. No aplicar dicha regla al NL dio lugar a una violación del principio de igualdad, por desconocimiento de precedente.

(iii) *Violación directa de la Constitución*. El Consejo de Estado vulneró la Constitución Política, en tanto se apartó del Acuerdo Final. Al respecto, alegaron que dicha autoridad no tuvo en cuenta que los principios contenidos en dicho Acuerdo *"son parámetros de interpretación que pueden ser aplicados por el juez directamente para efectos de ampliar la libertad y la participación política"*. En concreto, los accionantes alegaron que, *"en el caso analizado, la providencia no aplicó el parámetro de interpretación constitucional de ampliación y profundización de espacios democráticos a las normas legales reguladoras del reconocimiento de personería jurídica"*.

El CNE y la consejera ponente de la sentencia cuestionada contestaron esta acción de tutela. Ambos señalaron que la sentencia demandada no vulneró los derechos fundamentales de los exintegrantes del partido NL. Además, sostuvieron que el Consejo de Estado no incurrió en ninguno de los defectos específicos alegados, por las siguientes razones. Primero, la valoración de las pruebas no fue *"irracional y arbitraria"*. No se configuró defecto fáctico, *"porque, además de la violencia, se probó que Luis Carlos Galán Sarmiento renunció voluntariamente a la personería"*. Segundo, por lo anterior, la decisión no desconoció el precedente judicial, dado que *"no*

hubo relación entre la violencia ejercida y la pérdida de personería jurídica". Por tanto, *"como no existe esta relación"*, los casos de la UP y el NL son diferentes *"y, en consecuencia, no se les debe aplicar la misma regla de derecho"*. Tercero, el Acuerdo Final carece de fuerza vinculante y no contiene una obligación automática de reconocimiento de PJ a los partidos políticos. Por último, en el caso del NL, no se acreditó *"circunstancia excepcional para inaplicar las reglas previstas en el artículo 108 de la Constitución, la Ley 130 de 1994 y la Ley 1475 de 2011"*. En suma, el CNE y la consejera ponente concluyeron que, en este caso, *"existe un desacuerdo con la interpretación del juez, pero no la configuración de un defecto en la sentencia"*.

3. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Mediante la sentencia del 6 de noviembre de 2019, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado negó la solicitud de tutela. Esto, porque, en su criterio, la sentencia del 16 de mayo de 2019 no contiene defecto específico alguno. Primero, no incurrió en defecto fáctico, por cuanto *"no desconoció la violencia padecida por los integrantes del Nuevo Liberalismo y concluyó razonadamente que, en todo caso, esta situación de violencia no fue la causa efectiva de la pérdida de personería jurídica. En efecto, de acuerdo con lo demostrado en el proceso ordinario, el Nuevo Liberalismo perdió su personería jurídica por su propia voluntad, ejercida con el fin de reunificarse con el partido liberal"*. Segundo, no desconoció el precedente de la UP, *"puesto que los dos casos no son iguales"*. Por último, tampoco vulneró la Constitución, porque *"la Sección Quinta analizó un conjunto de pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el Acuerdo Final y el Acto Legislativo 2 de 2017, para concluir que la apertura democrática debe tener una reglamentación legal"*.

La Corte Constitucional seleccionó este caso para revisión y profirió, por unanimidad, la sentencia SU 257 de 2021. Por medio de esta decisión, la Corte revocó la sentencia del 6 de noviembre de 2019, proferida por el Consejo de Estado. En su lugar, decidió amparar los derechos fundamentales a fundar partidos políticos, formar parte de estas organizaciones y difundir sus ideas. Por tanto, dejó sin efectos la sentencia del 16 de mayo de 2019, emitida por el Consejo de Estado en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, así como las resoluciones 794 y 2003,

ambas de 2018, y 276 de 2019, expedidas por el CNE. Además, ordenó a dicha autoridad reconocer PJ al partido NL y exhortó al Congreso de la República a remover los obstáculos para implementar los ajustes normativos, en aras de que los partidos políticos obtengan PJ, conforme a lo previsto en el Acuerdo Final. Por último, dispuso que esta decisión surtiría efectos *inter comunis* frente a los demás partidos en condiciones análogas al NL.

Además, la Corte consideró que las anteriores órdenes *"conllevan, consecuencialmente"*, otras relacionadas con la *"reactivación"* política del NL. Primero, mantener la PJ del partido NL hasta las elecciones para Congreso de la República de 2026. Segundo, exceptuar de la obligación de renunciar a la curul obtenida mediante otros partidos políticos con doce (12) meses de anticipación, a los fundadores del NL, "integrantes de sus cuerpos directivos o elegidos a corporaciones públicas como candidatos de ese partido entre 1980 y 1988 y quienes mantuvieron una relación directa y públicamente reconocida con el partido Nuevo Liberalismo y ahora aspiren a ser elegidos en representación de ese partido en las elecciones a celebrarse en 2022". Tercero, ordenar al CNE que reconozca "a los directivos que existan y estén registrados desde 1986 en el partido Nuevo Liberalismo", así como a algunos de los accionantes "que cumplieron roles dentro de […] los órganos de gobierno, administración, vigilancia y asesoría" del partido NL como "miembros activos de las directivas" del mismo. Esto, con la finalidad de "activar esa organización para garantizar la efectividad de los derechos" protegidos. Por último, disponer que el partido NL y los otros partidos beneficiarios de los efectos *inter comunis* de la sentencia tendrían derecho a los anticipos de financiación para las elecciones, así como a acceder a los medios de comunicación para divulgación política y a formar parte de coaliciones, conforme al artículo 262 de la Constitución Política.

Los fundamentos jurídicos de esta decisión fueron los siguientes:

(i) La solicitud de tutela satisface los requisitos genéricos de procedibilidad. El asunto tiene relevancia constitucional, dado que guarda "relación directa e inmediata con el alcance de normas constitucionales e impactan de manera importante el ejercicio de los derechos políticos". La solicitud satisface el requisito de subsidiariedad, en tanto los accionantes no disponen de otro mecanismo para impugnar la sentencia cuestionada mediante la acción de tutela. Esto, porque la sentencia fue dictada por el Consejo de Estado en un proceso de única instancia y, por tanto, no es susceptible de

recurso de unificación de jurisprudencia. Además, el recurso de revisión no resulta idóneo en este caso, dado que los cuestionamientos formulados se fundan "en cuestiones externas a la sentencia" y no se subsumen en las causales de este recurso. Esta solicitud también satisface el requisito de inmediatez, dado que fue interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcional a partir de la expedición de la sentencia cuestionada (4 meses y 7 días). El requisito relativo a la configuración de una irregularidad procesal definitiva no es exigible en este caso, porque la tutela "no se refiere a una irregularidad procesal con incidencia en el fallo". Por último, la providencia cuestionada no es una sentencia de tutela.

(ii) El Consejo de Estado no incurrió en defecto fáctico ni en desconocimiento de precedente. La Corte consideró que el Consejo de Estado valoró, de manera adecuada, las pruebas del caso y concluyó, de forma razonable, que la regla de decisión creada en la sentencia del caso UP no era aplicable a la solicitud del NL. En la sentencia cuestionada, además de examinar la decisión del caso UP, "y afirmar su vigencia y carácter vinculante, al comparar los casos entre la Unión Patriótica y el Nuevo Liberalismo, concluyó que, así como hay similitudes, existen también diferencias que obligaban a su inaplicación". En efecto, conforme al material probatorio recaudado, la UP y el NL sufrieron persecución y violencia grave, extraordinaria y sistemática, en contra de sus militantes; sin embargo, está acreditado que "la Unión Patriótica tenía personería jurídica, pero la perdió como consecuencia de la violencia contra ella ejercida que le impidió acceder a postular candidatos y que estos fueran elegidos por sus simpatizantes, mientras que el Nuevo Liberalismo tenía personería, pero decidió renunciar a ella de manera voluntaria con el propósito de unirse al Partido Liberal". Por tanto, la Corte concluyó que el Consejo de Estado "verificó en concreto la posición fáctica y jurídica del Nuevo Liberalismo y la valoración de las pruebas condujo a descartar la aplicación de la regla del caso de la Unión Patriótica". En estos términos, no se configuraron defecto fáctico ni desconocimiento del precedente.

(iii) El Consejo de Estado no incurrió en violación directa de la Constitución, por el presunto desconocimiento del Acuerdo Final. La Corte reconoció que el Acuerdo Final previó, como finalidades, la promoción del pluralismo político y la representatividad política, así como la ampliación y la profundización de la democracia. Dicho Acuerdo también promovió

"el tránsito de las FARC-EP, de organización en armas a un nuevo partido político", "propuso superar el umbral como elemento determinante para la conservación" de la PJ y previó "un régimen de transición para materializar la apertura democrática para partidos que, por primera vez, se presenten en el escenario político, y que teniendo representación en el Congreso la hubieran perdido". Sin embargo, para la Corte, "el contenido del Acuerdo Final no implica una modificación de las reglas constitucionales sobre el reconocimiento y la obtención de la personería jurídica, [esto es,] no tiene como efecto derogar las reglas constitucionales sobre la materia". Esta conclusión se fundó en que (a) "el Acuerdo Final no tiene carácter normativo […] ni aplicación jurídica de manera directa e inmediata", y (b) "la inclusión de actores que dejaron las armas en el marco del sistema de justicia transicional es, sin duda, un propósito constitucionalmente imperioso […], pero debe articularse con el modelo constitucional sobre el régimen de movimientos y partidos políticos".

(iv) El Consejo de Estado incurrió en violación directa de la Constitución, porque interpretó de manera "exegética y aislada el artículo 108 de la Constitución". La Corte señaló que la interpretación del Consejo de Estado en la sentencia cuestionada "lo condujo a señalar [que el artículo 108 ibidem prescribe] reglas que deben aplicarse pura y simplemente"; que no principios. Además, "una interpretación aislada" de las referidas reglas sobre el umbral "condujo a la decisión […] objeto de análisis". Sin embargo, en criterio de la Corte, el Consejo de Estado ha debido tener en cuenta "tanto los principios y reglas contenidos en el artículo 108 superior, así como los principios y los derechos del Estado Social y Democrático de Derecho en los que se fundamenta el régimen de los partidos y movimientos políticos tanto para el reconocimiento como para la pérdida o la cancelación de su personería jurídica". Así, la Corte resaltó que "las reglas del umbral debieron estudiarse con las demás normas constitucionales aplicables para, con base en una interpretación sistemática de las mismas, remover los obstáculos y resolver la solicitud de reconocimiento de la personería jurídica".

La Corte consideró que existe "antinomia" entre las normas sobre el derecho a fundar partidos y movimientos políticos, previstas por los artículos 40.3 y 107 de la Constitución, y las normas sobre la obtención y pérdida de la personería jurídica de los partidos políticos, dispuestas por el

artículo 108 ibidem. Dicha antinomia se evidencia, según la Corte, porque "mientras que el pluralismo y, en general, la democracia militante, tienen la idea de que debe existir la mayor apertura posible para crear partidos y movimientos políticos, la inflexibilidad de las reglas [previstas por el artículo 108 de la CP] reducen a mínimos el pluralismo y conducen a su desaparición". Por tanto, esta "antinomia" exige "hacer una interpretación sistemática de los preceptos garantistas contenidos principalmente en los artículos 40-3 y 107, seguido de los principios que fundamentan el Estado social y democrático de Derecho y de aquellas normas que generan barreras o bloqueos democráticos para optar por una solución constitucional". En otros términos, "el artículo 108 y con él la regla del umbral debe interpretarse y aplicarse en forma tal que no afecte otros valores o principios que la misma Constitución protege y garantiza".

Además, la Corte consideró que el Consejo de Estado no tuvo en cuenta que la violencia ejercida en contra de los miembros del NL "no cesó después de que canceló voluntariamente la personería jurídica y, por el contrario, se incrementó, a tal punto que su máximo líder fue asesinado el 18 de agosto de 1989 y ese hecho debidamente probado judicialmente fue calificado como un delito de lesa humanidad, lo que impidió al Nuevo Liberalismo continuar su actividad política al interior del Partido Liberal o más adelante volver a contar con la opción de recuperar la personería jurídica". En criterio de la Corte, la violencia en contra del NL obstaculizó su participación "en las instancias y procesos que implicaban su reintegración al Partido Liberal y se le quitó la posibilidad de que los órganos políticos evaluaran la alternativa de recuperar y volver a tener la personería jurídica". En suma, la violencia en contra de este partido causó "una pérdida de oportunidad política para decidir volver a constituirse como un partido, tener una personería jurídica y concretar o realizar sus aspiraciones políticas".

Por último, la Corte concluyó que "la calificación de crimen de lesa humanidad le da a este Partido Político o ex partido político, una connotación que es absolutamente relevante de cara a la interpretación del artículo 108 de la Constitución". Por tanto, "cuando se le niega el derecho al Nuevo Liberalismo de recuperar la personería jurídica para proseguir la actividad política que no fue posible realizar al interior del Partido en el cual se reincorporó y que es necesaria para garantizar la efectividad de

los derechos políticos previstos en la Constitución, en concordancia con los principios que inspiran el Estado Social y Democrático de Derecho y la expresión de la soberanía popular, se viola directamente la Constitución en aquellas disposiciones que justamente garantizan la fundación, permanencia y continuidad de los partidos y el derecho de sus fundadores, directivos y representantes a pertenecer a ellos libremente hasta su retiro (artículos 1, 3, 40-3 y 107)".

4. ANÁLISIS CRÍTICO

La SU 257 de 2021 es una sentencia trascendental de la Corte en relación con el reconocimiento de PJ de los partidos políticos. Esta decisión tiene, por lo demás, la virtud de presentar, de manera exhaustiva, el contexto fáctico relevante de las decisiones judiciales cuestionadas, así como una completa caracterización de los defectos específicos de procedibilidad asociados al caso concreto. El examen de la Corte sobre el cumplimiento de los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela *sub examine* es acertado. Además, por las razones previstas en la decisión, son plausibles las conclusiones de la Corte sobre los alegados defectos fáctico, desconocimiento de precedente y violación directa de la Constitución, por presunto desconocimiento del Acuerdo Final.

Sin embargo, disentimos de la decisión adoptada por la Corte, en tanto consideramos que la Sala Plena ha debido confirmar la sentencia 6 de noviembre de 2019, por medio de la cual el Consejo de Estado negó la solicitud de tutela. Esto, por seis razones. A continuación, los argumentos: Primero, esta decisión desconoce el *estándar* del control judicial de tutela de las decisiones proferidas por altas cortes. Segundo, esta decisión desconoce el *alcance* de dicho control sobre las referidas decisiones. Tercero, el Consejo de Estado no interpretó de manera aislada el artículo 108 de la Constitución Política. Cuarto, lejos de lo afirmado por la Sala Plena, no se configura antinomia alguna entre los artículos 40.3 y 107 de la Constitución, de un lado, y 108 *ibidem*, del otro. Quinto, la pretendida pérdida de oportunidad política que habría sufrido el NL para *"tener personería jurídica"* no está acreditada. Sexto, la calificación del magnicidio de Luis Carlos Galán Sarmiento como crimen de lesa humanidad no incidió en la cancelación de PJ al NL ni en la posibilidad de recuperarla. Estos

argumentos demuestran que la sentencia cuestionada no incurrió en el pretendido defecto por violación directa de la Constitución.

Primero, esta decisión desconoce el estándar del control judicial de tutela sobre las decisiones proferidas por altas cortes. La Corte desconoció los estándares fijados en la jurisprudencia constitucional sobre procedencia y examen de las providencias judiciales emitidas por altas cortes. Si bien la sentencia señala, en sus párr. 114 y ss, que la tutela en contra de providencias "requiere de una argumentación cualificada" y "un análisis más riguroso de procedencia", lo cierto es que el examen que la Corte llevó a cabo no satisface el estándar de manifiesta irrazonabilidad exigido, de manera uniforme, en este tipo de casos[2]. En otras palabras, su análisis no tuvo por objeto constatar que la decisión demandada "se fundamentó en una actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, violatoria de derechos fundamentales"[3]. Por el contrario, tras descartar los defectos específicos alegados por los demandantes, la Corte expuso ex oficio su visión sobre la presunta violación directa de la Constitución por la indebida interpretación del artículo 108, sin demostrar por qué la interpretación del Consejo de Estado era arbitraria o ilegitima. Con esto, la Corte desconoció el referido estándar y, por consiguiente, pasó por alto que, cuando no se constata la manifiesta irrazonabilidad de la decisión judicial, "los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias, aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión"[4].

---

2 Corte Constitucional. Sentencias SU917 de 2010, SU050 de 2017 y SU573 de 2017. "La tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional".

3 Corte Constitucional. Sentencia SU573 de 2019.

4 Corte Constitucional. Sentencias SU072 de 2018 y SU209 de 2021.

Segundo, la Corte extendió, sin suficiente justificación, el alcance del control judicial de tutela en contra de providencias judiciales de altas cortes, el cual, por definición, es excepcional y restringido. Esto, por las siguientes razones:

(i) Además de dejar sin efectos la sentencia emitida por el Consejo de Estado, la Corte *"dejó sin efectos y sin valor"* las resoluciones emitidas por el CNE. Con esto, desconoció que, en virtud del principio de independencia judicial, el juez de tutela debe respetar la competencia del juez ordinario para resolver las disputas ordinarias, incluso cuando se acrediten defectos específicos de procedibilidad. De ser así, corresponde al juez de tutela dejar sin efecto la decisión cuestionada y ordenarle al juez ordinario que resuelva de fondo el asunto, salvo, por supuesto, que resulte imperiosa, urgente y necesaria, la intervención del juez de tutela para dirimir el asunto. En el caso concreto, la sentencia SU257 de 2021, sin contener justificación alguna sobre la necesidad de esta intervención en la competencia del Consejo de Estado, resolvió de manera directa sobre la solicitud de nulidad de los actos administrativos demandados en el proceso ordinario.

(ii) La Corte adoptó decisiones que no guardan relación directa con el objeto de la controversia y que eran innecesarias para resolver este caso. En particular, carecen de conexidad y resultan innecesarias las decisiones relativas a *(a)* mantener la PJ del partido NL hasta las elecciones para Congreso de la República de 2026; *(b)* exceptuar de la obligación de renunciar a la curul obtenida mediante otros partidos políticos con doce meses de anticipación, a los fundadores y otros integrantes del NL, y *(c)* ordenar al CNE que reconozca "a los directivos que existan", así como algunos de los accionantes como "miembros activos de las directivas" del NL. Estas decisiones no solo carecen de relación con el objeto de esta tutela y son innecesarias, sino que, además, invaden las competencias de las autoridades electorales, para definir las condiciones de la participación política del NL, así como la competencia del partido político, para elegir a sus propias directivas.

Tercero, el Consejo de Estado no interpretó de manera aislada las exigencias constitucionales para el reconocimiento de PJ y sí tuvo en cuenta los principios constitucionales sobre el sistema democrático y el régimen de los partidos y movimientos políticos. Es más, el Consejo de Estado analizó el marco normativo de los partidos, movimientos políticos

y grupos significativos de ciudadanos previsto por la Constitución de 1886, así como las principales modificaciones dispuestas por la Constitución de 1991[5]. Además, el Consejo de Estado examinó los fines constitucionales de "ampliación y profundización de la democracia", así como la definición y las finalidades de la PJ. En este contexto, dicha autoridad señaló que la exigencia constitucional para la obtención de PJ prevista por el artículo 108 de la Constitución tenía como "propósito canalizar la voluntad del electorado para la formación del poder público, motivo por el que debe constatarse siempre la eficacia y efectividad de estas vías para el cumplimiento de su principal fin". A su vez, analizó, una a una, las excepciones previstas por el ordenamiento jurídico relacionadas con la PJ y, en particular, el alcance de la regla creada en el caso de la UP, a saber: que la autoridad electoral "deberá analizar, desde la óptica de los Derechos Humanos, aquellos elementos fácticos excepcionales y ajenos a la voluntad del partido que lo sitúen en escenarios de desventaja frente a las demás colectividades políticas, pero también la finalidad de la imposición del umbral como requisito para conservar la personería". En tales términos, la interpretación del Consejo de Estado sobre el artículo 108 de la Constitución no fue aislada y, por el contrario, sí tuvo en cuenta la normativa constitucional, legal y jurisprudencial, sobre partidos políticos.

Cuarto, no se configura antinomia alguna entre los artículos 40.3 y 107 de la Constitución, de un lado, y 108 *ibidem*, del otro. La antinomia es una contradicción normativa que se configura cuando dos o más normas, "que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez, imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas"[6]. Si bien los artículos referidos pertenecen, de suyo, al mismo ordenamiento, no tienen el mismo ámbito de aplicación, en tanto sus objetos de regulación son distintos. Mientras que los artículos 40.3 y 107

---

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 16 de mayo de 2019. Radicado: 11001-03-28-000-2018-00022-00.

6 Norberto Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Gioappichelli, 1954. *Cfr.* Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963. La antinomia se configura cuando *"se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas"*.

de la Constitución prevén el derecho político a fundar "partidos políticos, movimientos políticos y agrupaciones políticas sin limitación alguna", el artículo 108 *ibidem* regula, entre otras, las condiciones para la obtención y la cancelación de la PJ, la cual "no es un elemento constitutivo del partido"[7]. Así las cosas, es posible fundar partidos o movimientos políticos sin PJ, los cuales también participan "en la conformación del poder político, solo que la carencia de dicho atributo impide el acceso a la serie de beneficios que son concedidos a las organizaciones que cumplen con los requisitos señalados en la Constitución y la ley"[8]. En estos términos, el artículo 108 no ordena ni prohíbe lo que los artículos 40.3 y 107 permiten, dado que regulan objetos distintos; por tanto, no se configura contradicción alguna entre estos contenidos normativos. Lejos de lo sostenido por la Corte, los requisitos constitucionales para la obtención de PJ no son contrarios al derecho a fundar partidos políticos, no los "conducen a su desaparición", ni "generan barreras o bloqueos democráticos". Por lo demás, en los términos expuestos en la SU257 de 2021, la pretendida contradicción entre el referido derecho y los requisitos previstos por el artículo 108 daría lugar a dejar sin efecto útil las condiciones para el reconocimiento de PJ. Esto, además de inconveniente, sería en sí mismo inconstitucional.

Quinto, la pretendida pérdida de oportunidad política que habría sufrido el NL para "tener personería jurídica" no está acreditada. Por el contrario, las pruebas allegadas demostraron que (i) el NL perdió su PJ porque su líder político solicitó, de manera voluntaria, su cancelación; (ii) dicha solicitud obedeció al interés de esta colectividad de adherir al partido Liberal; (iii) esta adhesión se llevó a cabo y surtió efectos como, por ejemplo,

---

7 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 4 de julio de 2013. Radicado: 11001- 03-28-000-2010-00027-00. Cfr. Sección Quinta. Sentencia del 7 de septiembre de 2015; radicación número: 11001-03-28-000-2014-00068-00. Sección Quinta. Sentencia de 12 de diciembre de 2019. 11001-03-28-000-2019-00028-00. De manera uniforme, el Consejo de Estado ha definido la PJ *"como el reconocimiento oficial de que la organización política fue fundada, adoptó sus estatutos, obedece a una plataforma ideológica y programática, tiene una lista de afiliados y cuenta con directivos, a partir de lo cual se considera sujeto de derechos y obligaciones, como persona jurídica que es"*.

8 *Ibid.*

la consulta para la elección del candidato presidencial; (iv) César Gaviria Trujillo "obtuvo la victoria" en dicha consulta y, a la postre, fue elegido presidente "bajo las banderas de Luis Carlos Galán Sarmiento" y del NL adherido a partido Liberal; y, por último, (v) múltiples exintegrantes del NL continuaron con su participación en política de manera activa. En estos términos, lejos de "perdida de oportunidad política", está acreditado que la cancelación de la PJ del NL representó "una oportunidad política" de participar efectivamente en la conformación del poder político por medio de su adhesión al partido liberal.

Sexto, la calificación del magnicidio de Luis Carlos Galán Sarmiento como crimen de lesa humanidad no incide en la cancelación de la PJ del NL ni en su recuperación. Esto, por dos razones. Primero, porque, como se explicó, la pérdida de PJ de este partido fue consecuencia de la solicitud de dicho líder político, que no del crimen cometido en su contra. Segundo, por cuanto, como la propia sentencia lo reconoce, múltiples exintegrantes del NL continuaron su activa participación en política por medio de otros partidos, sin que hubieren enfrentado obstáculo alguno para recuperar su PJ.

REFERENCIAS FINALES DE ESTA CRÓNICA

Bobbio, Norberto, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Gioappichelli, 1954. Cfr. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963. La antinomia se configura cuando "se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas".

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 16 de mayo de 2019. Radicado: 11001-03-28-000-2018-00022-00.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 4 de julio de 2013. Radicado: 11001-03-28-000-2010-00027-00.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta Sección Quinta. Sentencia del 7 de septiembre de 2015; radicación número: 11001-03-28-000-2014-00068-00.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta Sección Quinta. Sentencia de 12 de diciembre de 2019. 11001-03-28-000-2019-00028-00.

Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de 2010.

Corte Constitucional. Sentencia SU-050 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia SU-573 de 2017.

Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018

Corte Constitucional. Sentencia SU-573 de 2019.

Corte Constitucional. Sentencia SU-209 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia SU-257 de 2021.

Magdalena Correa Henao
Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (España). Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Amberes (Bélgica). Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia.

Diego Andrés González Medina

Magíster en Derecho por la Universidad de California (Estados Unidos). Magister en Derecho con énfasis en responsabilidad contractual y extracontractual civil y del Estado por la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y como docente investigador de la Universidad Externado de Colombia.

Alexei Julio Estrada

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como secretario jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y docente investigador de la Universidad Externado de Colombia.

Jalil Alejandro Magaldi Serna

Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Paul Cezanne (Aix-Marseille III) (Francia). Magister en Derecho Público a profundidad con énfasis en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional de esta última casa de estudios. Diploma Superior en Derecho Internacional Público de la Universidad Pantehón-Assas (Paris II) (Francia). Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma casa de estudios. Actualmente

se desempeña como docente investigador de la Universidad Externado de Colombia.

Mariana Medina Barragán

Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en políticas públicas y justicia de género del CLACSO. Postítulo en Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y práctica de la Universidad de Chile. Abogada de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente se desempeña como consultora en derechos humanos y derecho constitucional.

María Dolores Mino Buitron

Estudiante de Doctorado en Filosofía en la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Estudios Internacionales de la American University (Estados Unidos). Abogada y profesional en relaciones internacionales de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador). Actualmente se desempeña como directora ejecutiva del Observatorio de Derechos y Justicia y como docente de la Universidad Internacional del Ecuador.

María Alejandra Osorio Alvis

Estudiante de Doctorado en Derechos Humanos con Perspectiva Internacional y Comparada con Perspectiva Internacional y Comparada en la Academia Interamericana de Derechos Humanos (México). Magíster en Derecho Privado, Persona Sociedad con énfasis en Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado. Abogada de la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como investigadora del Centro de Estudios Constitucionales Comparados de la Academia Interamericana de Derechos Humanos.

Floralba Padrón Pardo

Doctora en Constitución y Derechos Fundamentales por la Universidad de Alicante (España). Especialista en Derecho Constitucional y Parlamentario

de la Universidad Autónoma de Madrid (España) y en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante (España). Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como docente investigadora de esta misma casa de estudios.

Michelle M. Paz Glen

Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg (Alemania). Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como asistente de investigación de esta misma casa de estudios.

Gonzalo Ramírez Cleves

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en la Cátedra Jean Monnet de Cultura Jurídica Europea de la misma casa de estudios y en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como docente investigador y editor de la Revista Derecho del Estado de esta misma casa de estudios.

Jorge Ernesto Roa Roa

Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra (España). Magíster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Magíster en Ciencias Jurídicas avanzadas por la Universidad Pompeu Fabra (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional y docente investigador de la Universidad Externado de Colombia.

Paula Robledo Silva

Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valladolid (España). Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de

Colombia. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como magistrada auxiliar del Consejo de Estado y docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia.

Édgar Solano González

Doctor en investigación en teoría del Estado e Instituciones Políticas Comparadas por la Universidad de Roma "La Sapienza" (Italia). Magíster en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia en convenio con las Universidades de Bolonia (Italia), Salamanca (España) y Carlos III de Madrid (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como docente investigador de esta misma casa de estudios.

Humberto Antonio Sierra Porto

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (España). Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y como director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

Juan Carlos Upegui Mejía

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM–IIJ (Tesis con mención honorífica). L.L.M. en Derecho Internacional de Temple University (Estados Unidos). Magister en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la misma casa de estudios. Actualmente se desempeña como docente investigador de la misma.

Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en octubre de 2022

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem