



LA CORTE CONSTITUCIONAL DECLARÓ LA INEXEQUIBILIDAD DIFERIDA DEL ARTÍCULO 135 DE LA LEY DEL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO QUE ESTABLECÍA UN INGRESO BASE DE COTIZACIÓN MÍNIMO AL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES POR CUENTA PROPIA Y PARA LOS INDEPENDIENTES CON CONTRATO DIFERENTE A PRESTACIÓN DE SERVICIOS QUE PERCIBAN INGRESOS MENSUALES IGUALES O SUPERIORES A UN (1) SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, POR DESCONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA (ART. 158 C.P.)

I. EXPEDIENTE D-12345 - SENTENCIA C-219 /19 (mayo 22)
M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Norma acusada

LEY 1753 DE 2015
(junio 9)

Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"

ARTÍCULO 135. INGRESO BASE DE COTIZACIÓN (IBC) DE LOS INDEPENDIENTES. Los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), cotizarán mes vencido al Sistema Integral de Seguridad Social sobre un ingreso base de cotización mínimo del cuarenta por ciento (40%) del valor mensualizado de sus ingresos, sin incluir el valor total del Impuesto al Valor Agregado (IVA), cuando a ello haya lugar, según el régimen tributario que corresponda. Para calcular la base mínima de cotización, se podrán deducir las expensas que se generen de la ejecución de la actividad o renta que genere los ingresos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 107 del Estatuto Tributario.

En caso de que el ingreso base de cotización así obtenido resulte inferior al determinado por el sistema de presunción de ingresos que determine el Gobierno Nacional, se aplicará este último según la metodología que para tal fin se establezca y tendrá fiscalización preferente por parte de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP). No obstante, el afiliado podrá pagar un menor valor al determinado por dicha presunción siempre y cuando cuente con los documentos que soportan la deducción de expensas, los cuales serán requeridos en los procesos de fiscalización preferente que adelante la UGPP.

En el caso de los contratos de prestación de servicios personales relacionados con las funciones de la entidad contratante y que no impliquen subcontratación alguna o compra de insumos o expensas relacionados directamente con la ejecución del contrato, el ingreso base de cotización será en todos los casos mínimo el 40% de valor mensualizado de cada contrato, sin incluir el valor total el Impuesto al Valor Agregado (IVA), y no aplicará el sistema de presunción de ingresos ni la deducción de expensas. Los contratantes públicos y privados deberán efectuar directamente la retención de la cotización de los contratistas, a partir de la fecha y en la forma que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.

Cuando las personas objeto de la aplicación de la presente ley perciban ingresos de forma simultánea provenientes de la ejecución de varias actividades o contratos, las cotizaciones correspondientes serán efectuadas por cada uno de los ingresos percibidos de conformidad con la normatividad aplicable. Lo anterior en concordancia con el artículo 5º de la Ley 797 de 2003.

2. Decisión

Primero.- Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 *"Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Todos por un nuevo país"*, por infracción al principio de unidad de materia.

Segundo.- Diferir los efectos de la inconstitucionalidad declarada hasta el vencimiento de las dos legislaturas ordinarias siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia.

3. Síntesis de la providencia

La Corte resolvió el cargo de inconstitucionalidad formulado contra el artículo 135 de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 por infracción al principio de unidad de materia, con base en las siguientes consideraciones:

De manera preliminar, la Corporación encontró acreditados los requisitos generales y especiales sobre claridad, certeza, especificidad y pertinencia, para poder resolver el cargo de la demanda relacionado con la vulneración del artículo 158 de la Constitución Política, sobre la presunta violación del presupuesto de unidad de materia que han de poseer las leyes que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo (PND). En ese contexto, reiteró la línea jurisprudencial sentada en las Sentencias C-008 y C-092 de 2018 sobre la verificación del cumplimiento del principio de unidad de materia, no solo como vicio formal, sino visto desde la perspectiva de un examen material, esto es, que su análisis se adelanta a partir del escrutinio del contenido normativo de la disposición acusada, con el fin de verificar que este guarde coherente relación con el estatuto legal del cual hace parte.

Adicionalmente, se recordó la naturaleza jurídica de las leyes que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo y sus contenidos, y se especificó que este tipo de leyes son multi-temáticas o heterogéneas porque están compuestas de una parte general, en donde se formulan los propósitos, objetivos y metas de la política económica, social y ambiental, en un periodo de cuatro años, y un plan de inversiones públicas en donde se determinan los recursos financieros y las normas jurídicas instrumentales para poder llevar a cabo los objetivos generales del Plan. Así mismo, se puso de manifiesto que para verificar el respeto del principio de unidad de materia previsto en el artículo 158 de la Constitución Política, en las leyes que aprueban el Plan Nacional de Desarrollo se tiene que efectuar un **control de constitucionalidad más estricto**, a fin de comprobar si las normas contenidas en este cumplen con los presupuestos de **conexidad directa e inmediata** entre los objetivos generales y las normas instrumentales o de ejecución.

Con fundamento en las anteriores consideraciones y en aras de verificar la unidad de materia del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 que establece un ingreso base de cotización mínimo del 40% del valor mensualizado de los ingresos de los trabajadores independientes por cuenta propia y los independientes con contrato diferente a prestación de servicios que perciban ingresos mensuales iguales o superiores a un (1) salario mínimo mensual legal vigente, se realizó el juicio de conexidad directa e inmediata y se comprobó que no se cumplen con los criterios fijados en la jurisprudencia del juicio estricto de constitucionalidad de las normas que se incorporan al Plan Nacional de Desarrollo, en la medida en que se trata de una disposición de seguridad social de índole transversal y con carácter permanente en el orden jurídico que debe estar incluida en una ley ordinaria que se ocupe de regular concretamente esta materia.

Sin embargo, puntualizó la Corte que, de declararse de manera inmediata la inexecutable de la norma censurada, ello podría afectar derechos y principios constitucionales relacionados con la base de cotización de trabajadores independientes al Sistema Integral de Seguridad Social. En atención a ello, y sobre todo teniendo en cuenta que, al amparo del estándar jurisprudencial impuesto, sucesivas leyes han incorporado mandatos con similar contenido, la Corte decidió diferir los efectos de la inexecutable de la decisión hasta por las dos próximas legislaturas, a fin de que se elabore por parte del legislador ordinario la regulación de la materia, a través de una ley ordinaria, con las garantías de los principios democráticos de la debida transparencia y deliberación.

4. Salvamentos y aclaración de voto

El Magistrado **Carlos Bernal** salvó su voto en relación con la decisión de inexecutable diferida del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015, con fundamento en las siguientes razones:

1. En la sentencia de la cual se apartó se concluyó que la disposición acusada no cumplía con las reglas de conexidad establecidas en la Sentencia C-092 de 2018, para efectos de valorar su adecuación al artículo 158 de la Constitución, que regula la exigencia de unidad de materia. En esa oportunidad, la Corte Constitucional fundamentó la declaratoria de inexecutable de

la disposición objeto de control en las siguientes tres razones concretas y específicas:

(i) Falta de conexidad entre la disposición demandada y las bases del Plan Nacional de Desarrollo: *"si bien los servicios públicos domiciliarios están directamente relacionados con varias esferas de los derechos fundamentales y, por ende, la facultad administrativa sancionadora en dicho ámbito es particularmente importante, elevar las sanciones a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios no guarda relación material con ninguno de los objetivos señalados en la Ley del Plan de Desarrollo, ni con los programas, objetivos, metas y estrategias señalados en este. De lo anterior se sigue que el artículo 208 acusado no guarda relación de conexidad directa e inmediata con los objetivos, programas, metas y estrategias señalados en la Ley 1751 de 2015, ninguno de los cuales hace referencia a los vínculos entre las empresas prestadoras de servicios y los usuarios, razón por la cual, se vulneró el principio de unidad de materia consagrado en el artículo 158 de la Carta Política".*

(ii) Exigencia de una mayor deliberación para la adopción de normas sancionatorias: *"las normas con contenidos sancionatorios requieren de una deliberación democrática con un grado de transparencia mayor que su nuda inserción aislada y coyuntural en el Plan Nacional de Desarrollo, pues la relación entre estas y el Plan es precario e imperceptible. Las normas sancionatorias, por su naturaleza de ultima ratio e inmediata injerencia en el ámbito de la libre determinación humana -con mayor o menor rigor invasivo-, no pueden ser configuradas sin un estudio en el que se incluya la determinación de los elementos del tipo (sujetos, objetos de protección, conducta, etc.), ya que estos se erigen en exigencias estrictas, que en este caso no fueron previstas en la ley y se delegaron por completo en el ejecutivo".*

(iii) Restricción para crear regulaciones permanentes: *"respecto al estándar de análisis constitucional de cumplimiento del principio de unidad de materia, al determinar que cuando se estudian normas incorporadas en la Ley Aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas, una medida de naturaleza permanente, no puede ser incluida en un ley cuya vocación es transitoria, como en efecto lo son las normas de planificación económica, las cuales se supeditan a la temporalidad prescrita en el artículo 339 de la Constitución Política".*

2. Según este precedente, la inconstitucionalidad de una disposición del Plan Nacional de Desarrollo por el desconocimiento del principio de unidad de materia en el trámite legislativo exige: (i) que entre esta y las normas generales e instrumentales del Plan no exista relación de conexidad directa e inmediata, (ii) que regule una materia sancionatoria o (iii) que tenga carácter permanente. Ninguna de estas subreglas se acreditó en el control de constitucionalidad del artículo 135 de la Ley 1753 de 2015.

3. En primer lugar, existía un vínculo directo entre la regulación del Ingreso Base de Cotización (IBC) para los trabajadores independientes, con contratos diferentes al de prestación de servicios, con los objetivos, metas y estrategias del PND. La disposición guardaba conexidad con el pilar general de equidad (art. 3 del PND) y, en materia instrumental, con la base de movilidad social (art. 4 del PND). La disposición desarrollaba el objetivo específico de formalización y calidad en el empleo. Finalmente, la disposición materializaba la estrategia de movilidad social, de modo directo e inmediato, al regular una nueva fuente de financiamiento.

4. En segundo lugar, la disposición no regulaba una materia sancionatoria, sino una fuente de financiación.

5. En tercer lugar, la disposición estatuyó una nueva fuente de financiación temporal, pues estaba circunscrita a la vigencia del PND 2014-2018. Esto se corrobora si se tiene en cuenta que el nuevo PND 2019-2022 "*Pacto por Colombia, pacto por la equidad*" (una vez entre en vigencia) deroga la disposición demandada¹.

6. Conforme a lo antes expuesto, el Magistrado **Bernal Pulido** concluyó que la norma

¹ Su artículo 349 dispondrá: "ARTÍCULO 349º. **VIGENCIAS Y DEROGATORIAS.** La presente Ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. (...) **Se derogan expresamente** (...) los artículos 7, 32, 34, 47, 58, 60, 90, 95, 98, 106, **135**, 136, 186, 219, 222, 259, 261, 264 y los parágrafos de los artículos 55 y 57 de la **Ley 1753 de 2015**" (énfasis propio).

declarada inexecutable con efectos diferidos a las siguientes dos legislaturas no se encuadraba en ninguna de las subreglas jurisprudenciales definidas en la Sentencia C-092 de 2018, en tanto que: (i) tenía relación con dos bases del PND: equidad y movilidad social, (ii) no regulaba una materia sancionatoria, sino el IBC de los trabajadores independientes y (iii) tenía carácter temporal.

Por su parte, la Magistrada **Diana Fajardo Rivera** salvó el voto porque, en su concepto, el artículo 135 de la Ley 1753 de 2015 no desconoce el mandato constitucional de unidad de materia previsto en el artículo 158 del Texto Superior, toda vez que existe un vínculo directo e inmediato entre la regulación del Ingreso Base de Cotización para los trabajadores independientes con contratos diferentes al de prestación de servicios y los objetivos, metas o estrategias previstos en el Plan Nacional de Desarrollo. En concreto, los relacionados con las estrategias transversales de "Buen Gobierno" y "Movilidad Social".

De otra parte, la Magistrada **Fajardo Rivera** consideró que la mayoría creó una regla nueva para el análisis del desconocimiento del principio de unidad de materia cuando las normas censuradas están contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo. Esto por cuanto, en las sentencias C-016 de 2016 y C-008 de 2018 citadas como precedentes no se analizó la vocación de permanencia de las normas acusadas como criterio para determinar su inexecutable dada la condición transitoria de los Planes Nacionales de Desarrollo. En efecto, en la Sentencia C-016 de 2016 se estudió el artículo 44 de la ley 1753 de 2015, que modificó el artículo 65 de la ley 1341 de 2009, relativo a las sanciones aplicables a quienes hacen parte del sector de las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones. La Corte encontró en esa oportunidad que la disposición demandada se ajusta al principio de unidad de materia porque al establecer o fortalecer un régimen sancionatorio para las infracciones que afectan al sector de las TIC se está contribuyendo de manera cierta al avance y desarrollo de dichas tecnologías. Estos dos aspectos -avance y desarrollo de las TIC- hacen parte de los pilares reconocidos en la parte general de la Ley de Plan, en concreto los de "Paz" y "Equidad", y opera también como un instrumento del eje transversal de "competitividad e infraestructura estratégicas".

Tampoco en la Sentencia la C-008 de 2018 se hizo referencia a la transitoriedad de las normas. En esa ocasión, la Corte declaró inexecutable los artículos 25 y 26 de la Ley 1753 de 2015, que regulaban las sanciones en distribución de combustibles y las multas en el sector de hidrocarburos, respectivamente, porque no verificó la existencia de un vínculo directo e inmediato con los objetivos, planes y estrategias del Plan. La Corte afirmó que, pese a que las disposiciones acusadas podrían, eventualmente, vincularse con las temáticas generales del Plan relativas a la infraestructura y la competitividad y la estrategia envolvente de crecimiento verde, las mismas no cumplen con los criterios jurisprudenciales del juicio estricto de unidad de materia, en tanto son normas de carácter sancionatorio, sin un vínculo directo con los objetivos y metas del Plan.

Por último, la mayoría invoca la Sentencia C-092 de 2018 en la que se revisó el artículo 208 de la ley del Plan que elevaba el monto de las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y advirtió que el mismo no guardaba relación material con ninguno de los objetivos señalados en la ley del Plan de Desarrollo ni con sus programas, metas y estrategias; pues ninguno de estos se refiere a los vínculos entre las empresas prestadoras de servicios y los usuarios. No obstante, es preciso señalar que la forma en que esta última sentencia hace referencia a los precedentes mencionados es la siguiente: *"En tales términos, la Sala Plena en esta ocasión reitera su jurisprudencia (sentencias C-016 de 2016 y C-008 de 2018) con respecto al estándar de análisis constitucional de cumplimiento del principio de unidad de materia cuando se analizan normas incorporadas en la Ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y, a la vez, revela que una medida de naturaleza permanente, -como lo son los valores de las sanciones a imponer por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios-, en principio no debería ser incluida en un ley cuya vocación es transitoria, como lo es la ley del plan de desarrollo. Esto por cuanto las disposiciones de tipo sancionatorio son por su propia naturaleza completamente ajenas a una norma general de planificación económica."*

Bajo tales consideraciones, tres eran los escenarios posibles para introducir la nueva regla de análisis en los casos de desconocimiento del principio de unidad de materia cuando la norma cuestionada se encuentra en el Plan Nacional de Desarrollo: (i) que existiera un precedente

para reiterar; (ii) que el precedente estuviera contenido únicamente en la sentencia C-092 de 2018; y (iii) que no existiera precedente sobre el tema.

A su juicio, las tres hipótesis mencionadas quedan descartadas porque: (i) las Sentencias C-016 de 2016 y C-008 de 2018 no son precedentes, pues no fijaron en su *ratio decidendi* una postura sobre la regla de temporalidad mencionada; (ii) si el precedente eventualmente estuviera contenido en la Sentencia C-092 de 2018, en dicha sentencia no se cumplió con la carga argumentativa para modificar las reglas de análisis que ha fijado la jurisprudencia constitucional en estos casos; y (iii) en esta oportunidad tampoco se cumplió con la carga argumentativa que exige un cambio de precedente.

En tal sentido, la Magistrada **Fajardo Rivera** se apartó de la decisión mayoritaria al considerar que las sentencias invocadas como precedentes no contenían un criterio adicional de análisis del principio de unidad de materia referente a la temporalidad de las normas contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo.

Por último, el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** aclaró su voto frente a algunas consideraciones de esta providencia, en particular, en lo relacionado con el respeto al precedente.

LA AUSENCIA DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA SUSTENTAR UN CARGO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN LEGISLATIVA RELATIVA, IMPIDIÓ QUE LA CORTE CONSTITUCIONAL PUDIERA EMITIR UN PRONUNCIAMIENTO DE FONDO SOBRE LA NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE LOS VARONES DE DEFINIR LA SITUACIÓN MILITAR

II. EXPEDIENTE D-12897 - SENTENCIA C-220/19 (mayo 22)

M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1861 de 2017 (agosto 4)

Por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización

Artículo 11. Obligación de definir la situación militar. Todo **varón** colombiano está obligado a definir su situación militar como reservista de primera o segunda clase, a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad y hasta el día en que cumpla 50 años de edad.

2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse por ineptitud sustancial de la demanda, sobre la constitucionalidad de la expresión "*varón*" contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017.

3. Síntesis de la Providencia

Las demandantes solicitaron a este Tribunal declarar la exequibilidad condicionada del inciso primero del artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, bajo el entendido de que el término "*varón*" incluye también a los hombres transgénero, pues consideran que dicho artículo incurre en una omisión legislativa relativa, y por lo demás desconoce los artículos 1º (dignidad humana), 13 (igualdad) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) de la Constitución Política. Asimismo, solicitan que se exhorte al Ejército Nacional para que adopte los protocolos necesarios que deben seguir los hombres transgénero al momento de definir su situación militar, incluyendo los procedimientos que deben seguir tanto en los casos en que realizan su tránsito antes de cumplir 18 años, como en aquellos que lo realizan de manera posterior al cumplimiento de la mayoría de edad y garantizando que los procedimientos basados en acciones afirmativas respeten y garanticen la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad.

La Corte concluyó que el cargo por omisión legislativa relativa contra la expresión "*varón*" contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, en el cual se subsumen los cargos por violación de los artículos 1º, 13 y 16 de la Constitución Política, fue sustentado sobre razones carentes de certeza y que resultaron insuficientes para verificar que la norma demandada

omitiera incluir un ingrediente o condición que, de acuerdo con la Carta, resultare esencial para armonizar la disposición jurídica censurada con los mandatos de la Constitución. En consecuencia, la Corte se declarará inhibida de adoptar un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustancial de la demanda, respecto de los cargos formulados.

4. Salvamento y aclaraciones de voto

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** salvó su voto frente a la inhibición de adoptar una decisión de fondo en relación con el artículo 11 (parcial) de la Ley 1861 de 2017 -por ineptitud sustancial de la demanda-, al considerar que sí están reunidos los requisitos mínimos para emitir un pronunciamiento de mérito.

El mencionado Magistrado advirtió que, pese a que de la lectura de la demanda claramente se observa que en la misma se plantean, por separado y con su respectiva y sólida argumentación, cuatro cargos de inconstitucionalidad: (i) desconocimiento del derecho a la dignidad humana (Art. 1º CP), (ii) desconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 CP), (iii) desconocimiento del derecho a la igualdad (Art. 13 CP) y (iv) configuración de una omisión legislativa relativa; la parte mayoritaria optó, de manera equívoca e inadecuada, por subsumir los tres primeros cargos en el último de ellos, con el objeto de llevar a cabo el análisis de la aptitud sustantiva de la demanda pero únicamente bajo los parámetros jurisprudenciales establecidos por la Corte en relación con el cargo de omisión legislativa relativa.

Resaltó que este Tribunal Constitucional debió efectuar el examen de aptitud sustantiva de la demanda frente a cada uno de los referidos cargos de manera independiente, tal y como en su momento lo efectuó el Despacho Sustanciador en los Autos de admisión que adoptó el 27 de septiembre y 18 de octubre de 2018.

El Magistrado **Rojas Ríos** señaló que es evidente que en la sentencia de la referencia se despliega un ejercicio argumentativo importante que no tiene cualquier ciudadano respecto a temáticas como la omisión legislativa relativa, por lo que resulta excesivamente técnico plantear un cargo de inconstitucionalidad que se enmarque en los términos propuestos en la decisión inhibitoria.

Recalcó que en el asunto en comentario se desconocen las reglas jurisprudenciales del principio *pro actione*, pautas que sustentan las decisiones de fondo por parte de esta Corte y que son el resultado de la visión constitucional y democrática de la labor del juez en el ejercicio de la administración de justicia adelantada en la acción pública de inconstitucionalidad.

Sostuvo que en atención al carácter prevalente de dicho principio, se debió decidir de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 11 (parcial) de la Ley 1861 de 2017, puesto que los argumentos esbozados por la censura cumplen los requisitos mínimos para un pronunciamiento de mérito acerca de la inconstitucionalidad de dicha disposición legal. Lo anterior, en razón a que, según lo expuesto en el fallo objeto de desacuerdo, las demandantes identificaron la norma legal acusada, los preceptos constitucionales vulnerados y formularon el concepto de la violación, sustentado en los ya mencionados cuatro cargos de inconstitucionalidad.

A juicio del Magistrado **Rojas Ríos**, una decisión inhibitoria como la pronunciada en esta ocasión, es a todas luces inconstitucional, debido a que vulnera los derechos fundamentales de las demandantes al acceso a la administración de justicia (Art. 229 CP) y a contribuir y participar en el control del ejercicio del poder legislativo y a la defensa de la supremacía constitucional -en su dimensión de formular acciones públicas en defensa de la Constitución y la Ley- (Art. 40 CP, numeral 6).

Por su parte, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó una aclaración de voto, puesto que, si bien compartió que en este caso procedía un fallo inhibitorio, se apartó de las razones que llevaron a la Sala Plena a adoptar esa decisión por dos motivos: el primero, porque la inhibición se debió fundamentar en la ineptitud sustancial de la demanda por falta de *certeza*. El segundo, porque la sentencia se fundamentó en una interpretación legal que no se desprendía de la ley juzgada, sino de la interpretación jurisprudencial de aquella materia en una ley derogada: la Ley 48 de 1993.

En primer lugar, para que el cargo de inconstitucionalidad contra la expresión "*varón*", contenida en el artículo 11 de la Ley 1861 de 2017, se hubiese considerado *cierto*, el

demandante habría debido integrar en su censura una valoración de lo dispuesto por el literal k) del artículo 12. Según este, están exonerados "*de prestar el servicio militar obligatorio*", cuando alcancen la mayoría de edad, "*Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil*" (subrayas propias). Y, según el primero (que contiene la expresión demandada), "*Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar*" (subrayas propias).

Para el Magistrado **Bernal Pulido**, a partir de una interpretación sistemática de ambas disposiciones, el demandante habría debido inferir que el Legislador no consideró como relevante solo el componente biológico para juzgar la identidad sexual como criterio para definir la situación militar –como lo hacía en vigencia de la Ley 48 de 1993– sino que añadió a tal valoración el componente registral. Según esta nueva regulación, el tránsito registral entre sexos, en específico el que ocurre de varón a mujer –esto es, el que "*Los varones colombianos que después de su inscripción hayan dejado de tener el componente de sexo masculino en su registro civil*"–, no exonera de la obligación de "*definir la situación militar*". Las personas que se encuentran en el supuesto regulado en el literal k) del artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 no están exoneradas de "*definir su situación militar*" (supuesto que regula el artículo 11), sino de "*prestar el servicio militar*" (aspecto que regula el artículo 12), dado que conservan el primer deber, en los términos del párrafo 1º del artículo 25 de esta ley, según el cual han de acudir ante la respectiva autoridad de reclutamiento "*para continuar con el proceso de liquidación de la cuota de compensación militar, si a elle hubiere lugar*".

Como el demandante no consideró, en su integridad, esta nueva regulación, la interpretación de la expresión "*varón*", en la que fundamentó sus cargos, fue meramente imaginativa y edificada en una indebida equiparación entre la regulación contenida en Ley 48 de 1993 y la contenida en la Ley 1861 de 2017. En consecuencia, (i) el presunto cargo de desigualdad partió por asimilar unos grupos legalmente inexistentes; (ii) los presuntos cargos por violación a la dignidad humana y al libre desarrollo no se basaron en la opción legislativa real y (iii) el cargo por omisión legislativa no podía ofrecer elementos para establecer qué era lo auténticamente omitido por el Legislador.

En segundo lugar, de manera equivocada, la Sala trasladó a la ley vigente las consideraciones jurisprudenciales desarrolladas en el contexto de la Ley 48 de 1993, sin reflexionar sobre las diferencias legales referidas en los párrafos anteriores. Por tanto, desconoció que el Legislador acogió una nueva postura legal que requería ser juzgada en concreto y con fundamento en un cargo que lograra ofrecer una duda mínima de inconstitucionalidad. Esto resultaba especialmente relevante dado que se juzgaba una ley que regulaba el deber de los colombianos –con independencia de su género– de prestar el servicio militar, materia en la cual el artículo 216 de la Constitución era especialmente deferente con el Legislador.

Finalmente, el Magistrado consideró que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de tutela fue empleada de forma inadecuada, pues no fue utilizada para determinar el alcance del parámetro de control constitucional –en abstracto–, sino para asumir el contenido de la ley juzgada, que no correspondía a la nueva regulación. Ello era especialmente importante si se considera que tales precedentes se referían a disposiciones no solo derogadas (las contenidas en la Ley 48 de 1993), sino relevantemente diferentes en torno al punto específico sometido a examen de constitucionalidad y regulado de una manera bien distinta en la Ley 1861 de 2017. Por tanto, al realizar tal equiparación automática, la Corte Constitucional obró como si el juicio se dirigiera al contenido de sus precedentes y no al de ley sometida a escrutinio.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** se reservó una eventual aclaración de voto, respecto de algunas de las consideraciones en que se fundamenta la decisión inhibitoria.

LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE LA ESTAMPILLA PRO UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y DEMÁS UNIVERSIDADES ESTATALES ES UNA RENTA NACIONAL DESTINADA A INVERSIÓN SOCIAL Y, POR LO TANTO, COMPATIBLE CON EL ART. 359 DE LA CONSTITUCIÓN. LA UNIVERSIDADES NO ESTÁN HABILITADAS PARA DETERMINAR *IN GENE*RE LA DESTINACIÓN DE ESTOS RECURSOS A GASTOS DISTINTOS A LOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 1697 DE 2013

III. EXPEDIENTE D-12336 - SENTENCIA C-221/19 (mayo 22)
M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

LEY 1697 DE 2013

(diciembre 20)

Por la cual se crea la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia

[...]

Artículo 2. Naturaleza jurídica. La estampilla 'Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia' es una contribución parafiscal con destinación específica para el fortalecimiento de las universidades estatales y que será administrada directamente por el ente autónomo en cuyo favor se impone el tributo.

Artículo 3. Distribución de los recursos. La distribución de los recursos recaudados por la presente estampilla se realizará de la siguiente manera:

Durante los primeros cinco (5) años, a partir de la promulgación de la presente ley, el 70% del recaudo se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 30% restante a las demás universidades estatales del país. A partir del sexto año el 30% de lo recaudado se transferirá a la Universidad Nacional de Colombia y el 70% a las demás universidades estatales del país.

Parágrafo. Los recursos transferidos a las universidades estatales, exceptuando la Universidad Nacional de Colombia, se asignarán mediante resolución del Ministerio de Educación Nacional. Dicha asignación se hará de acuerdo con el número de graduados por nivel de formación del año inmediatamente anterior en cada institución. La ponderación de cada graduado por nivel se hará de la siguiente manera:

Nivel	Valor
Doctorados	4
Maestrías y especializaciones médicas	3
Especializaciones	2.5
Pregrado	2

Para los programas no presenciales en cualquier nivel de formación, se asignará el valor por nivel correspondiente definido en la tabla anterior.

Artículo 4. Destinación de los recursos. Los recursos que se recauden mediante la estampilla se destinarán prioritariamente a la construcción, adecuación y modernización de la infraestructura universitaria y a los estudios y diseños requeridos para esta finalidad; además de la dotación, modernización tecnológica, apoyo a la investigación, apoyo a programas de bienestar estudiantil, subsidios estudiantiles y desarrollo de nuevos campus universitarios de las universidades estatales del país. Propendiendo siempre con estos recursos por la disminución de los costos por matrícula de los estudiantes de los estratos 1, 2 y 3. Para ello, los Consejos Superiores de las universidades estatales definirán los criterios técnicos para la aplicación de esta directriz.

Parágrafo 1. Durante los primeros cinco años de entrada en vigencia de la presente ley, los recursos asignados a la Universidad Nacional de Colombia se destinarán prioritariamente a la construcción, reforzamiento, adecuación, ampliación, mantenimiento y dotación de la planta física y espacios públicos en cada una de las ocho sedes actuales de la Universidad y de las que se constituyan en el futuro en otras regiones del país, y para la construcción y dotación del Hospital Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Parágrafo 2. Los recursos recaudados a través de esta ley no hacen parte de la base presupuestal de las universidades estatales.

[...]

Artículo 8. Base gravable y tarifa. El sujeto pasivo definido en el artículo 6° de la presente ley pagará por las suscripciones de los contratos de obra pública y sus conexos en función de las siguientes bases y tarifas: por los contratos cuyo valor esté entre 1 y 2.000 smmlv pagarán el 0.5%. Los contratos entre 2.001 y 6.000 smmlv pagarán el 1% y los contratos mayores a 6.001 smmlv pagarán el 2%.

Parágrafo. En cuanto no sea posible determinar el valor del hecho generador, definido en el artículo 5° de la presente ley, al momento de su respectiva suscripción, la base gravable se determinará como el valor correspondiente al momento del pago, por el término de duración del contrato respectivo.

[...]

Artículo 10. Recaudo. Créese el Fondo Nacional de las Universidades Estatales de Colombia como una cuenta especial sin personería jurídica y con destinación específica, manejada por el Ministerio de Educación Nacional, con independencia patrimonial, administrativa, contable y estadística con fines de interés público y asistencia social para recaudar y administrar los recursos provenientes de la Estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia.

Artículo 11. Dirección y administración del Fondo. La Dirección y administración del Fondo será ejercida por el Ministerio de Educación Nacional, para cuyo efecto deberá:

- a) Desarrollar las operaciones administrativas, financieras y contables del Fondo, de acuerdo con las normas reguladoras de estas materias.
- b) Velar porque ingresen efectivamente al Fondo los recursos provenientes de la presente Estampilla.
- c) Distribuir los recursos del Fondo de acuerdo con lo estipulado en la presente ley.
- d) Elaborar la proyección anual de ingresos y gastos y los indicadores de gestión.
- e) Rendir informes que requieran organismos de control u otras autoridades del Estado.
- f) Las demás relacionadas con la administración del Fondo.

Artículo 12. Control. Las universidades estatales en ejercicio de las funciones que le son propias, según su autonomía, implementarán un sistema de administración de los recursos provenientes del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, respecto de los cuales la Contraloría General de la República ejercerá el correspondiente control fiscal. El Ministerio de Educación Nacional, a través del Fondo Nacional de las Universidades Estatales, deberá trasladar los recursos de la estampilla a las cuentas de las universidades estatales semestralmente de acuerdo con la distribución definida en el artículo 3° de la presente ley y la resolución expedida por el Ministerio de Educación Nacional para tal efecto. El incumplimiento de esta obligación generará las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales correspondientes.

Parágrafo. Las universidades estatales presentarán informes anuales, avalados por sus Consejos Superiores, al Congreso de la República, al Ministerio de Educación Nacional y Ministerio de Hacienda y Crédito Público con la especificación de los recursos recibidos a través del Fondo y el detalle de la ejecución de los mismos”.

2. Decisión

Por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, declarar **EXEQUIBLES** los artículos 2, 3, 4, 8, 10, 11 y 12 de la Ley 1697 de 2013, *"Por la cual se crea la estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"*, salvo la expresión *"prioritariamente"*, contenida en el inciso 1° y en el parágrafo 1° del artículo 4, que se declara **EXEQUIBLE CONDICIONADA**, en el sentido de que no habilita a las universidades estatales para determinar, *in genere*, cualquier otro tipo de gasto distinto a los señalados en este artículo, para los que se pueden destinar los recursos provenientes del recaudo de la *"estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia"*.

3. Síntesis de la providencia

Le correspondió a la Corte analizar los siguientes tres cargos de inconstitucionalidad: (i) si los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 1697 de 2013 desconocían el artículo 359 constitucional, al regular un *"impuesto con destinación específica"*, que no tenía por destino *"inversión social"*. (ii) De manera subsidiaria, en caso de que la Sala Plena considerara que tales artículos regularan una *"contribución parafiscal"*, si estos (además de los artículos 10, 11 y 12) desconocían lo dispuesto por los artículos 338 y 352 de la Constitución y 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), dado que no satisfacían las exigencias para la creación de una contribución parafiscal. (iii) Finalmente, si el artículo 8 de la Ley 1697 de 2013, al no considerar la capacidad contributiva de los sujetos pasivos del tributo, desconocía el artículo 363 de la Constitución, según el cual la *"equidad"* era uno de los principios fundantes del sistema tributario. La Corte consideró que los cargos eran aptos y procedió a su estudio de fondo.

En primer lugar, la Sala Plena encontró que los artículos 2, 3, 4, 10, 11 y 12 de la Ley 1697 de 2013 regulaban una *"renta nacional"*, de tipo impositivo (impuesto), con *"destinación específica"* para *"inversión social"* y, por tanto, eran compatibles con el artículo 359 de la Constitución. Por tanto, consideró innecesario el estudio de compatibilidad entre los artículos 2, 3, 4, 10, 11 y 12 de la Ley 1697 de 2013 y los artículos 338 y 352 de la Constitución y 29

del Estatuto Orgánico del Presupuesto (Decreto 111 de 1996), dado el carácter de "impuesto" y no de "contribución parafiscal" del tributo que regulaban.

En todo caso, con relación a la expresión "prioritariamente", contenida en el inciso primero y en el parágrafo 1° del artículo 4 de la Ley 1697 de 2013, considero que podía dar lugar a que se interpretara como una forma de deslegalización de la competencia del Legislador para determinar los gastos de inversión que podrían tener destinación específica, producto del recaudo de una renta nacional, al habilitar a las universidades estatales para determinar otros tipos de gastos que pudieran adscribirse a dicha categoría. Para precaver esta interpretación inconstitucional, condicionó a que dicha expresión se entendiera en el sentido de que no habilitaba a las universidades estatales para determinar, *in genere*, cualquier otro tipo de gasto distinto a los señalados en este artículo, para los que era posible destinar los recursos provenientes del recaudo de la "estampilla Pro Universidad Nacional de Colombia y demás universidades estatales de Colombia".

Finalmente, la Sala consideró que artículo 8 de la Ley 1697 de 2013 no desconocía el principio de equidad tributaria, de que trataba el artículo 363 de la Constitución, dado que la disposición no aportaba al sistema tributario "una dosis de manifiesta inequidad, ineficiencia y regresividad", por las siguientes tres razones, a favor de la amplia libertad de configuración del legislador en esta materia: en primer lugar, la destinación específica del tributo para inversión social, que imponía a los contribuyentes una especial carga de solidaridad. En segundo lugar, la calidad de impuesto indirecto que regulaba la ley demandada. Finalmente, las consecuencias prácticas de la implementación del impuesto, relativas a un mayor valor de los contratos de obra y contratos conexos de las entidades del orden nacional, que no tenía relación con la falta de capacidad contributiva de los sujetos pasivos del tributo.

4. Aclaración de voto

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó la eventual presentación de aclaración de voto frente a los fundamentos de esta decisión.

EXISTENCIA DE COSA JUZGADA RESPECTO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE AUTORIZAR LA CAZA DE ANIMALES CON FINES DEPORTIVOS, POR SER CONTRARIA AL DEBER DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE

IV. EXPEDIENTE D-12596 - SENTENCIA C-222/19 (mayo 22) M.P. Carlos Bernal Pulido

1. Norma acusada

LEY 84 DE 1989 (diciembre 27)

Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula o preferente a su procedimiento y competencia

Artículo 8. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los literales a), c), d), r) del Artículo 6 los actos de aprehensión o apoderamiento **en la caza** y pesca **deportiva**, comercial, industrial, de subsistencia o de control de animales silvestres, bravíos o salvajes, pero se someterán a lo dispuesto en el capítulo séptimo de esta Ley y a los reglamentos especiales que para ello establezca la entidad administradora de recursos naturales.

Artículo 30. La caza de animales silvestres, bravíos o salvajes está prohibida en todo el territorio nacional, pero se permitirá en los siguientes casos: [...]

Con fines científicos o investigativos, de control, **deportivos**, educativos, de fomento, pero con autorización previa, escrita, particular, expresa y determinada en cuanto a zona de aprehensión, cantidad, tamaño y especie de los ejemplares, duración del permiso y medios de captura, expedida por la entidad administradora de los recursos naturales. [...]

2. Decisión

ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-045 de 2019, que declaró la inexecutable de la expresión "deportivos" del literal b) del artículo 30 de la Ley 84 de 1989 y la executable del artículo 8 de la Ley 84 de 1989, "bajo el entendido de que la caza deportiva no queda exceptuada de lo dispuesto en los literales a), c), d) y f) del artículo 6 de la misma Ley".

3. Síntesis de la providencia

En el presente proceso de constitucionalidad se demandaron las expresiones "*en la caza (...) deportiva*" y "*deportivos*" contenidas en los artículos 8 y 30, respectivamente, de la Ley 84 de 1989 "*Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia*".

Al estudiar el caso la Sala Plena encontró configurado el efecto de la cosa juzgada constitucional puesto que, sobre ese mismo asunto, ya existía un pronunciamiento de fondo la Corte en la Sentencia C-045 de 2019, que declaró (i) la exequibilidad del artículo 8 de la Ley 84 de 1989, bajo el entendido de que la caza deportiva no queda exceptuada de lo dispuesto en los literales a), c), d) y f) del artículo 6 de la misma ley, y (ii) la inexecutable de la palabra "*deportivos*" del literal b) del artículo 30 de la Ley 84 de 1989, por resultar contraria al deber del Estado y de los colombianos de protección del medio ambiente, su diversidad e integridad.

En consecuencia, al decidir la demanda de constitucionalidad, la Corte dispuso estarse a lo resuelto en dicha Sentencia C-045 de 2019.

4. Aclaraciones de voto

El Magistrado **Alberto Rojas Ríos** aclaró su voto en la presente decisión al considerar que si bien resulta adecuada la decisión adoptada de "estarse a lo resuelto" a lo dispuesto en la Sentencia C-045 de 2019, consideró que existen asuntos importantes que debieron haber sido estudiados desde esta primera decisión. En ese sentido, estimó necesario que en la providencia se hubiera indicado que:

1. La muerte de un animal, en sí misma considerada, no debe ser concebida como sinónimo de maltrato injustificado, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de excluir de este concepto cualquier actuación que tenga la virtualidad de causar un daño a los animales y que no termine por causar su muerte. De igual manera se terminaría por reprochar todas las conductas en virtud de las cuales se de muerte a un animal, muy a pesar de que dicho comportamiento encuentre una justificación legal.

Para el Magistrado **Rojas Ríos** era importante señalar que la idea del "maltrato animal" lo que reprocha es la acción efectuada con el objetivo de causar un daño irracional o sufrimiento a un animal, el cual puede o no conducir a su muerte. Así, es esa "irracionalidad" la que finalmente permite diferenciar entre la caza que tiene fines deportivos, de aquella que se desarrolla con cualquier otro objetivo y, en ese sentido, es este factor el que permite determinar cuáles son constitucionalmente admisibles y cuáles no. Lo anterior, pues, dado el enfoque adoptado por la Sala Plena, cualquier tipo de caza podría considerarse contrario a la Constitución Ecológica.

2. La Sala Plena se abstuvo de definir cuál es el contenido del concepto de "desarrollo sostenible" y, de igual manera, omitió estudiar si es posible que el Estado pueda establecer, de acuerdo con un inventario de la fauna, cuáles especies pueden llegar a ser susceptibles de este tipo de actividad, por ejemplo, cuándo existe una cantidad de animales que deba ser controlada con la finalidad de no afectar a otras especies y para lo cual puede acudir a la intervención de particulares, a través de la caza.

3. Estimó de igual manera, que más allá de determinar si los animales son o no "seres morales", era necesario establecer si la existencia de una "Constitución Ecológica" supone sobreponer, en todos los casos, la biodiversidad y la conservación del medio ambiente en relación con los fines recreativos y lúdicos que pueda tener este tipo de caza; ello, de manera que se mostrara como como constitucionalmente inadmisibles la permisión de la caza recreativa.

Bajo ese entendido consideró que no es dable entender que lo "recreativo" es en sí mismo desdeñable, dado que aun cuando esa tesis es respetable, no puede traducirse en obligatoria, sin la justificación correspondiente. Así, estimó que un reproche constitucional a la caza no surge a partir de una valoración abstracta o *a priori* de la conducta de la "caza recreativa", sino a partir de una valoración en virtud de la cual, el Estado da prelación a la naturaleza y a la recreación a través del turismo de naturaleza, en relación con el ejercicio de la caza recreativa.

4. De igual manera, consideró valioso que, como lo señaló en su momento el Procurador General de la Nación, era necesario introducir un término de desmonte para aquellas empresas

que tenían la habilitación para desarrollar este tipo de actividades (promover la caza deportiva), en la medida en que lo contrario ha implicado que la declaratoria de inexecutable estableció automáticamente la ilicitud de su modalidad de negocios.

5. Finalmente, el Magistrado **Rojas Ríos** estimó que cuando la Sala Plena se abstiene de realizar un análisis sobre la pesca deportiva, establece una diferenciación que carece por completo de justificación. Al respecto, es de destacar que la jurisprudencia de esta Corporación ha dado un tratamiento jurídico unificado a estos dos tipos de conductas (la caza y la pesca), y esto hace problemática la solución adoptada; ello, en la medida en que los argumentos que se utilizan también caben para este tipo de actividad, pues no permiten establecer un factor de diferenciación en virtud del cual se pueda permitir el maltrato de un tipo de animales y no de otros.

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó la eventual presentación de una aclaración de voto frente a los fundamentos de esta decisión.

LA SUPRESIÓN DEL EJERCICIO DE FUNCIONES Y DILIGENCIAS JURISDICCIONALES POR PARTE DE LOS INSPECTORES DE POLICÍA, EN VIRTUD DE COMISIÓN DE LOS JUECES, NO VULNERA EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO NI EL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

V. EXPEDIENTE D-12552 - SENTENCIA C-223/19 (mayo 22)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1801 DE 2016
(julio 29)

Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia

ARTÍCULO 206. ATRIBUCIONES DE LOS INSPECTORES DE POLICÍA RURALES, URBANOS Y CORREGIDORES. Les corresponde la aplicación de las siguientes medidas:

[...]

PARÁGRAFO 1o. Los inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia.

[...]

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE**, por los cargos analizados en la presente sentencia, el parágrafo 1º del artículo 206 de la Ley 1801 de 2016, "*Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia*".

3. Síntesis de la providencia

Para el demandante la norma acusada, al prohibir que los inspectores de policía puedan *ejercer funciones o realizar diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia*, en cuanto dicho enunciado normativo se entienda que ello veda toda posibilidad de que los inspectores de policía puedan atender despachos comisorios de los jueces concernientes a secuestro y entrega de bienes, el parágrafo demandado desconoce el derecho de acceder a la administración de justicia y el principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público.

La Corte estimó que el parágrafo acusado no viola el principio de colaboración armónica entre los órganos del poder público ni el derecho de acceder a la administración de justicia, puesto que el Legislador goza de un amplio margen de configuración para definir las reglas procesales, y en este caso razonablemente se previó que otras autoridades, tanto judiciales como de policía -en este último caso, diferentes a los inspectores- estarían encargadas de esa labor de apoyo

a los jueces. Además, porque no existe norma constitucional alguna que defina expresamente que, dentro de la rama ejecutiva del poder público, sean los inspectores de policía quienes necesariamente deban colaborar con la rama judicial en la realización de dichas funciones y diligencias jurisdiccionales.

Por otra parte, al juez constitucional, ante interpretaciones razonables y acordes con la Carta Política, no compete señalar cuál es la de su preferencia, pues se adentraría inapropiadamente en el campo de la opción política o invadiría las atribuciones de los jueces para vivificar el derecho. Y en el juicio de control abstracto no se pueden enjuiciar los efectos de una norma, puesto que la inexecutable debe inferirse del texto normativo y no de aquellos.

4. Salvamento y aclaración de voto

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** salvó su voto frente a la sentencia anterior, porque en su concepto, se debió proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda.

En efecto, el cargo formulado carece del requisito mínimo de *suficiencia* exigido en las demandas de inconstitucionalidad contra interpretaciones judiciales y administrativas², por lo que no era posible advertir una oposición objetiva y verificable entre la interpretación judicial acusada y los artículos 95-7 y 229 de la Constitución.

Al respecto, debía tenerse en cuenta que la Sentencia C-802 de 2008, reiterada por la Sentencia C-136 de 2017, precisó los requisitos que debe cumplir toda demanda de inconstitucionalidad en contra de interpretaciones de tales naturalezas, entre los cuales, se destaca el de suficiencia, que exige demostrar que se está ante una posición consistente y reiterada del operador jurídico y no producto de un caso particular, toda vez que *"una sola decisión judicial en la que se interprete una norma no constituye per se una doctrina del derecho viviente y en caso de serlo debe demostrarse"*. Estos pronunciamientos advirtieron que el criterio de *suficiencia* exige aportar elementos fácticos y argumentativos para demostrar que la interpretación no solo existe, sino que plantea una verdadera problemática constitucional.

En este caso, el actor no cumplió con esta carga argumentativa porque únicamente se limitó a citar el pronunciamiento de la Sala Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 6 de septiembre de 2017, sin siquiera explicar por qué, a su juicio, la postura contenida en ese concepto era consistente y reiterada por esa Sala, más aun cuando, se trataba de un concepto que, como bien lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado en innumerables oportunidades, no tiene fuerza vinculante y, en esa medida, no representa la postura de esa corporación judicial.

Por último, el Magistrado **Carlos Bernal Pulido** consideró necesario señalar que la interpretación jurisprudencial que fue objeto de control constitucional supuestamente se encontraba en tensión con una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 19 de diciembre de 2017, la cual fue adoptada en sede de tutela y, no en ejercicio de su función como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, por lo que, a todas luces, tampoco se trata de un precedente de la justicia ordinaria.

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** anunció la presentación de una aclaración de voto, en relación con la aptitud de los cargos formulados en la presente demanda.

LA CORTE CONSTITUCIONAL DETERMINÓ QUE EL CONVENIO SOBRE CIBERDELINCUENCIA SUSCRITO EN BUDAPEST EN 2001, CONSTITUYE UN INSTRUMENTO DE COOPERACIÓN Y MATERIALIZACIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL COMÚN EN CONTRA DE LOS DELITOS CIBERNÉTICOS QUE SE AJUSTA A LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

VI. EXPEDIENTE LAT-455 - SENTENCIA C-224/19 (mayo 22)

M.P. Cristina Pardo Schlesinger

² Corte Constitucional. Sentencias C-802 de 2008 y C-136 de 2017.

1. Norma objeto de revisión

LEY 1928 DE 2018 (julio 12) "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Ciberdelincuencia", adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest, Hungría.

El texto de la ley y el Convenio que incorpora, pueden ser consultados en el Diario Oficial No. 50.664 publicado el 24 de julio de 2018.

2. Decisión

Primero. Declarar **EXEQUIBLE** el "Convenio sobre la Ciberdelincuencia", adoptado el 23 de noviembre de 2001 en Budapest, Hungría.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** la Ley 1928 de 2018 "Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre la Ciberdelincuencia", adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest, Hungría.

3. Síntesis de la providencia

Examinado el trámite cursado por la Ley 1928 de 2018 aprobatoria del "Convenio sobre la Ciberdelincuencia", la Corte constató que se cumplieron a cabalidad los requisitos, etapas y procedimiento previstos en la Constitución y el Reglamento del Congreso, razón por la cual, procedió a declarar la exequibilidad de la ley revisada desde el punto de vista formal.

En cuanto a su contenido material, el Convenio bajo examen se presenta como un instrumento internacional cuyo objetivo es intensificar la cooperación entre los Estados Parte del mismo, mediante la materialización de una política criminal común en contra de la comisión de delitos cibernéticos. Lo anterior, como una respuesta a los profundos cambios provocados por la digitalización, convergencia y globalización de datos y sistemas informáticos. De esta manera, al establecer las condiciones para prevenir la comisión de ilícitos en las redes informáticas, compromete a los países signatarios a adoptar su legislación interna para combatir posibles amenazas a bienes jurídicos tutelados como la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de datos y de los sistemas informáticos, protegiendo en general los intereses vinculados al desarrollo de las tecnologías de la información.

La totalidad de las disposiciones contenidas en el Convenio conservan como base la cooperación entre las Partes, lo cual es un desarrollo del tratamiento igualitario y los efectos recíprocos del Convenio. Destacó la Corte, que lo contenido en este instrumento efectiviza los fines esenciales de la Constitución, atiende la soberanía e independencia del Estado colombiano en materia penal, y observa los mandatos constitucionales que se concretan con la adquisición de compromisos internacionales regidos por principios de conveniencia, soberanía nacional, reciprocidad y equidad.

Así mismo, este Tribunal encontró ajustada a la Constitución la disposición sobre la reserva anunciada por Colombia, mediante la Directora de Asuntos Jurídicos Internacionales del Ministerio de Relaciones Internacionales, como Estado Parte del Convenio sobre la Ciberdelincuencia, en el entendido que, por su intermedio, se propende por la defensa de los derechos fundamentales a la intimidad y al *habeas data*.

En consecuencia, la Corte procedió a declarar la exequibilidad del Convenio sobre Ciberdelincuencia, en la medida en que sus disposiciones son plenamente respetuosas de los preceptos constitucionales del Estado colombiano.

4. Aclaraciones de voto

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** presentó aclaración de voto en relación con la sentencia proferida por la Corte en el asunto de la referencia. Si bien manifestó que compartía el resolutivo, pues considera que *prima facie* no se advierte una contradicción de la ley, o del Convenio, con la Constitución Política, lo cierto es que el fundamento de la decisión debió incluir varios asuntos de relevancia constitucional:

1. *Se debió analizar la constitucionalidad de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en relación con el deber de tipificar ciertas conductas (artículos 2-12), dado que la salvaguarda del artículo 15 del Convenio sobre la Ciberdelincuencia no es aplicable a la sección*

1, referida al derecho penal sustantivo. La jurisprudencia ha señalado que la asistencia judicial en materia penal es acorde con la Constitución³ y que el Estado ejerce su soberanía al comprometerse internacionalmente a tipificar un delito⁴. Sin embargo, también ha dispuesto que la adopción de medidas para tipificar actos criminales comprendidos dentro del ámbito de un tratado se debe realizar con pleno respeto de la Constitución Política⁵, pues, si el Estado asume la obligación de introducir modificaciones en su legislación, debe cumplir dicho compromiso sin falta, en virtud del principio de *pacta sunt servanda*⁶. Por todo lo anterior, la Corte debió evaluar si la obligación de introducir ciertos tipos penales al ordenamiento jurídico, que no está condicionada al respeto del derecho interno en virtud del Convenio, es susceptible de violar la Constitución⁷. En consecuencia, el análisis constitucional no se debió limitar a mencionar cuáles son los bienes jurídicos que se protegen con los tipos penales prescritos en el Convenio, sino que debió establecer si el contenido de las obligaciones es, *prima facie*, constitucional, y cuáles son los parámetros de constitucionalidad que respaldan dicha conclusión.

2. *El convenio amplía los supuestos de pornografía infantil.* La Sala concluyó que el concepto de "pornografía infantil" del Convenio sobre la Ciberdelincuencia incorpora la definición del Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño⁸ suscrito por Colombia, sin embargo, la definición propuesta por el Convenio es más amplia que la dispuesta en el Protocolo. En efecto, se observa que la Convención incluye dentro de su definición una acepción no considerada ni en el Protocolo⁹, ni en la definición actual del tipo penal en Colombia, esto es: "una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita" (artículo 9, numeral 2, literal b). Con la adhesión al Convenio surge la obligación de tipificar esa conducta, por lo que dicho supuesto se debió someter a un análisis, al menos preliminar, de proporcionalidad y razonabilidad.

3. *Se debió desarrollar el parámetro de constitucionalidad para el análisis del artículo 24 sobre extradición.* Si bien el articulado del Convenio no contradice *prima facie* la disposición constitucional sobre extradición, y es posible aplicar a estos casos las salvaguardas de derecho interno señaladas en la sección 2 del Convenio¹⁰, no se debió omitir que el artículo 35 superior constituye un parámetro específico para analizar la constitucionalidad de las obligaciones asumidas por el Estado colombiano relacionadas con esa figura. En particular, se debió retomar: (i) la prohibición expresa de extraditar por delitos políticos, (ii) la prohibición de extraditar cuando la solicitud se fundamenta en perseguir o castigar por razones discriminatorias, (iii) la exclusión de delitos cuya acción penal haya prescrito, (iv) la cláusula según la cual solo se pueden extraditar colombianos de nacimiento por delitos cometidos en el exterior, considerados como tal en la legislación colombiana¹¹.

4. *Se debió precisar por qué fue válido el acto de sanción de la Ley 1928 de 2018.* En el proyecto se explica que la Ministra de Educación sancionó la ley, en virtud de la delegación que le hizo el Presidente de la República por medio del Decreto 1255 del 19 de julio de 2018, a pesar de que el acto de delegación excluyó expresamente el numeral 2 del artículo 189 superior, referido a la dirección de "las relaciones internacionales". En ese sentido, la sentencia debió analizar si es válida la sanción de una ley que incorpora al ordenamiento jurídico colombiano un tratado internacional, cuando el delegatario de la función presidencial carece de la competencia para dirigir las relaciones internacionales. Lo anterior tenía una relevancia especial en el caso *sub examine*, dado que el tratado se incorporó al ordenamiento jurídico por medio de la adhesión y, en consecuencia, la sanción de la ley constituía la manifestación concreta de la voluntad del Presidente de la República, como director de las relaciones internacionales, para obligar al Estado colombiano.

³ Sentencia C-405 de 1999.

⁴ Sentencia C-1055 de 2003.

⁵ Sentencia C-1055 de 2003.

⁶ Sentencia C-405 de 2004.

⁷ Sentencia C-176 de 1994.

⁸ Aprobado por la Ley 765 de 2000, la cual fue declarada exequible por la Corte en la Sentencia C-318 de 2003.

⁹ Artículo 2, literal C: "Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales".

¹⁰ Convenio sobre la Ciberdelincuencia, artículos 15 y 24, numeral 5.

¹¹ Sentencia C-333 de 2014.

La Magistrada **Gloria Stella Ortiz Delgado** aclaró su voto, puesto que si bien comparte la decisión adoptada en el sentido de declarar exequible el tratado y su ley aprobatoria, considera necesario presentar algunas precisiones sobre los fundamentos de la sentencia, particularmente en los siguientes aspectos: i) era necesario dejar constancia que el texto del convenio que revisa la Corte no corresponde a una versión oficial o autorizada; ii) la Corte debió ser enfática en señalar que las remisiones a instrumentos internacionales propios del espacio europeo contenidos en el tratado, especialmente, no son exigibles para Colombia porque no fueron suscritos por este país; iii) la providencia debió precisar la naturaleza jurídica del convenio examinado, puesto que no se trata de un simple documento guía o modelo, sino que es un acto jurídico con fuerza vinculante para los Estados, que contiene mandatos de concreción interna; iv) la sentencia debió precisar que las referencias a la Ley 1273 de 2009 y al ordenamiento penal son meramente ilustrativas, en el entendido de que no constituyen parámetro de control de validez del tratado y su ley aprobatoria; v) la Corte debió analizar los efectos en el control abstracto de constitucionalidad de posibles reservas al Convenio; vi) la Corte debía efectuar precisiones en el artículo 12 del Convenio objeto de estudio sobre responsabilidad de personas jurídicas, puesto que debe evitarse lecturas que podrían afectar los principios de: *non bis in ídem*; y, culpabilidad, en concreto por la necesidad de aplicación diferencial del mencionado postulado entre personas naturales y jurídicas; vii) por su parte, el artículo 13.1 del Tratado sobre sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, debió estudiarse a partir de los fines constitucionales de la pena. En tal sentido, los objetivos de las sanciones derivadas de la implementación de estas medidas punitivas, no se reducen a la disuasión, pues aquel no es el único propósito constitucional de la pena ni es exclusivo en términos de valores y principios Superiores; viii) la sentencia eludió responder a la solicitud presentada por la universidad Sergio Arboleda sobre la necesidad de que la Corte ordenara realizar reservas sobre los siguientes contenidos del convenio: el artículo 4.3. relacionado con la necesidad de intervención del derecho penal únicamente para los actos que provoquen daños graves; el artículo 9 literales b y c, que define el delito de pornografía infantil, en el sentido de que solo se aplicara a representaciones visuales de menores de edad comportándose de forma sexual explícita y no a otras manifestaciones en las que parecen niños, niñas o adolescentes (dibujos, libros), pues la interviniente consideraba que dicho presupuesto configuraba un derecho penal de autor incompatible con la Constitución; el artículo 29.4.; y la aplicación del artículo 14.3. únicamente a delitos graves.

LA CORTE CONDICIONÓ LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY 1826 DE 2017 A LOS DELITOS COMETIDOS CON ANTERIORIDAD A SU ENTRADA EN VIGENCIA RESPECTO A LOS QUE SE HAYA FORMULADO IMPUTACIÓN DE CARGOS, SIEMPRE Y CUANDO NO SE EXCLUYA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

VII. EXPEDIENTE D-12901 - SENTENCIA C-225/19 (mayo 23)
M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Normas acusadas

LEY 1826 DE 2017
(enero 12)

Por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado

ARTÍCULO 40. La Ley 906 de 2004 tendrá un nuevo artículo 562, así:

Artículo 562. Preclusión por atipicidad absoluta. Además de lo previsto por el párrafo del artículo 332 de este código, la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento la preclusión cuando al acusado se le atribuya una conducta que no esté tipificada en la ley penal.

ARTÍCULO 44. VIGENCIA Y DEROGATORIA. La presente ley entrará a regir seis (6) meses después de la fecha de su promulgación **y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.**

También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.

Esta ley no modifica, deroga ni adiciona el Código Penal Sustantivo ni la Ley 1773 de 2016.

2. Decisión

Primero. Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 "*(p)or medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado.*"

Segundo. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la expresión "**y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia.**" contenida en el inciso primero del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017; y la **EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del precepto "**También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004.**" contenida en el inciso 2º del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, en el entendido de que esta disposición no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

3. Síntesis de la providencia

En primer lugar, la Corte constató que en relación con el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017, era evidente que a lo largo de la demanda no se presentó ningún reproche de inconstitucionalidad de forma directa y expresa que permitiera abordar el análisis pertinente. Por el contrario, de lo expuesto en la acción ciudadana, se concluyó que los demandantes están de acuerdo con el contenido de la citada disposición, que establece la nueva causal de *preclusión por atipicidad absoluta* en cabeza de la defensa que consagra el precepto acusado, de manera que resultaría contrario a los intereses de los accionantes que esta figura procesal saliera del ordenamiento jurídico. Si bien, al final de la demanda se solicita que el artículo 40 junto con el artículo 44 sean declarados inexecutable, no se evidencia un verdadero cargo de inconstitucionalidad, ya que no se presente argumento alguno en que se sustente y dé cuenta de por qué el artículo 40 de la Ley 1826 de 2017 resulta ser contrario a la Constitución Política. Tampoco había lugar a integrar este artículo con el 44, como quiera que cada uno de los artículos contiene un enunciado normativo autónomo e independiente, separables entre sí, de manera que no existe una proposición jurídica incompleta. El artículo 40 regula la causal de preclusión por atipicidad absoluta y el artículo 44 determina la vigencia en el tiempo de la totalidad de la Ley 1826 de 2017.

En cuanto a la expresión contenida en el inciso primero del artículo 44 "***y se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia***", la Corte consideró que no planteaba problemas de constitucionalidad, ya que la aplicación de la norma frente a delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia no impide la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal. Es claro que las leyes en general y para este caso específico en materia penal, debe establecerse su entrada en vigencia y su aplicación en el tiempo, lo que hace precisamente la expresión acusada del inciso primero del artículo 44. De ser declarado inexecutable, se desconocería el principio de legalidad y de irretroactividad de la ley y no habría certeza sobre la vigencia de lo dispuesto en la Ley 1826 de 2017. De igual modo, no se encuentra que frente a esta expresión, existan argumentos encaminados a demostrar que el Congreso excedió su amplia potestad de configuración para diseñar los procedimientos y establecer la vigencia de las leyes, así como, para definir los efectos del tránsito de legislación procesal penal, esto es, el respeto de los derechos adquiridos y la aplicación de los principios de legalidad y favorabilidad.

En materia penal, se parte de la base de que la ley vigente al momento de la comisión del delito es la que rige la actuación. No obstante, si una ley posterior modifica favorablemente esas situaciones se aplica ultractiva o retroactivamente, según el caso (art. 29 C.Po.). Se trata de excepciones al principio general de aplicación de las leyes hacia el futuro, que deben ser valoradas y ponderadas por el operador jurídico cuando se trata de normas sustanciales o procesales en las cuales se encuentren juego las garantías fundamentales del debido proceso. Reiteró que cuando se trate de normas procesales que tengan efectos sustanciales, deben interpretarse en concordancia con el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

Otra cosa ocurre con la segunda expresión demandada contenido en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, según la cual, "***También se aplicará a los delitos***

cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004”, toda vez que establece una disposición que permite una interpretación que puede vulnerar el principio de favorabilidad, puesto que condiciona la aplicación de las normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos de dicha normativa, en cuanto sean más favorables y se refieran a derechos y garantías fundamentales, a que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 de 2004. Si bien la Ley 1826 de 2017 establece un procedimiento abreviado en el cual se suprime la audiencia de formulación de imputación y se acumulan las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, razón por la cual, en principio el Legislador excluyó la aplicación del procedimiento abreviado para los procesos en curso en los que se haya formulado imputación, resultaría contrario al principio de favorabilidad el que no se pudiera dar aplicación a las normas sustanciales y procesales con efectos sustantivos, como la causal de preclusión por atipicidad absoluta consagrada en el artículo 40 de la misma normativa, si estas resultan más favorables.

A juicio de la Corte, no habría razón constitucional alguna que justifique alguna limitación o incompatibilidad para solicitar la preclusión por atipicidad absoluta que establece el artículo 40, en aplicación del principio de favorabilidad, en razón de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017. En este sentido, del alcance normativo de la expresión demandada, se derivan dos posibles interpretaciones: según la primera, esta disposición no afectaría el principio de favorabilidad, por cuanto este subyace a la ley penal, sin que sea necesario que el Legislador lo consagre en una norma general y abstracta, sino que se aplicaría en cada caso concreto. De acuerdo con la segunda, la norma examinada proscribió la aplicación de las normas sustanciales y procesales de la Ley 1826 de 2017 que afecten derechos y garantías fundamentales, aunque estas resulten más favorables, tal como la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 de la misma normativa. Los demandantes e intervinientes pusieron de presente que en la práctica la norma atacada se ha venido interpretando y aplicando por los jueces de diversas maneras, bien dando aplicación retroactiva a la Ley 1826 de 2017 con fundamento en el principio de favorabilidad, bien sea negando esta posibilidad.

Habida cuenta que la segunda interpretación resulta inconstitucional por desconocer el principio de favorabilidad, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la expresión demandada contenida en el inciso segundo del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, de modo que no excluya la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29.

4. Salvamento parcial de voto

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** se apartó parcialmente de la decisión adoptada por Corte Constitucional, en la sentencia C-225 de 2019, referida a la demanda de inconstitucionalidad D-12901, que se presentó contra Artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017, “*por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado*”. Las razones que lo llevaron a ello se resumen en lo siguiente:

1. A su juicio, los pretendidos cargos de los actores representan una postura interpretativa personal y contraevidente del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017, sobre la base de sus supuestas consecuencias y efectos nocivos, así como de la aplicación que ciertos jueces le estarían dando en casos muy concretos. Esto demuestra el incumplimiento de los requisitos de *certeza* y *pertinencia*, respectivamente. Por lo tanto, lo que correspondía, en este punto, era también la emisión de un fallo de carácter inhibitorio.

2. Como la misma Sala Plena lo reconoció, el artículo 44 demandado opera sin perjuicio del principio de favorabilidad, bajo una interpretación leal y sistemática de la Ley 906 de 2004 y sus desarrollos jurisprudenciales. De hecho, la misma Ley 906 previó, respecto de su vigencia en el tiempo, que solo tendría aplicación para las conductas cometidas a partir del 1º de enero de 2005, de lo cual nunca se ha desprendido la proscripción del principio de favorabilidad. Al contrario, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado, de antaño, instituciones del sistema penal acusatorio a procesos adelantados bajo la Ley 600 de 2000, precisamente por resultar más favorables.

3. Los mismos demandantes reconocen que el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria penal está aplicando el mismo criterio, tras la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017, siempre que las circunstancias de cada caso concreto lo permitan y se trate de instituciones compatibles, aún en procesos en los que ya se haya efectuado audiencia de formulación de imputación¹². Lo anterior demuestra, no solo que la interpretación de la demanda es claramente incorrecta, sino que no había, en rigor, ningún debate de constitucionalidad por abordar.

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR O DE LAS ENTIDADES ADMINISTRADORAS EN MATERIA DE PENSIONES NO ES IMPUTABLE NI OPONIBLE AL TRABAJADOR. LA CORTE AMPARÓ LOS DERECHOS AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL

VIII. EXPEDIENTE T 6566783 - SENTENCIA SU-226/19 (mayo 23)
M.P. Diana Fajardo Rivera

La Sala Plena revisó la acción de tutela instaurada por Nelson Ferley López Londoño contra la Sala Séptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín que, en segunda instancia, resolvió la demanda ordinaria iniciada por el señor López Londoño contra la empresa Producciones Juan B. Cataño EU y el Instituto de Seguros Sociales – ISS. El proceso tuvo por objeto el reconocimiento del vínculo de trabajo existente entre el actor y la sociedad comercial demandada, del 19 de enero de 1998 al 11 de junio del mismo año, durante el cual se omitió la afiliación ante el Sistema de Seguridad Social en Pensiones; así como el acceso a la pensión de invalidez, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a Producciones Juan B. Cataño EU. Durante la primera instancia, Nelson Ferley López Londoño y Producciones Juan B. Cataño EU suscribieron un contrato de transacción en el que la sociedad comercial se comprometía a cancelar al ISS el pasivo pensional causado durante la relación laboral. Mediante Sentencia de 19 de mayo de 2010, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín resolvió, de manera principal, reconocer la pensión de invalidez, previa cancelación del cálculo actuarial adeudado por la compañía demandada. La Sala Séptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, al conocer el recurso de apelación formulado por el ISS, decidió confirmar únicamente la legalidad impartida por el *a quo* al pacto de transacción y revocar el reconocimiento pensional. En su criterio, dado que la transacción no fue suscrita por la Administradora de pensiones, la misma no le era vinculante a esa institución, por lo que, a efectos de verificar la titularidad de la pensión de invalidez, no debían tenerse en cuenta las labores prestadas al servicio de Producciones Juan B Cataño EU.

En sede de revisión, satisfechos los requisitos generales de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte observó que la Sala Séptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social del demandante, pues incurrió en defecto sustantivo, en concurrencia con un defecto fáctico. Indicó que dicha autoridad judicial desconoció que: en **primer lugar**, el incumplimiento de las obligaciones del empleador o de las entidades administradoras en materia de pensiones no es imputable ni oponible al trabajador, por lo cual las consecuencias negativas de estas omisiones no podrán serle adversas y nunca serán razón suficiente para enervar el acceso a una prestación pensional, pues estas dos partes (el empleador y las entidades administradoras) están llamadas a hacer uso de los instrumentos legales y administrativos dirigidos a cumplir o a exigirse mutuamente el acatamiento de sus deberes; y **en segundo lugar**, una vez establecido que ha habido una omisión del deber de afiliación ante el Sistema General de Seguridad Social, y el empleador respectivo acude ante la entidad pensional para cumplir su obligación de manera tardía, dicha entidad está legalmente obligada a: (i) fijar el monto adeudado, con base en un cálculo actuarial; (ii) recibir su cancelación por parte del incumplido o activar los medios de cobro con los que disponga; y (iii) superados los demás requisitos legales, asumir el reconocimiento y pago oportuno de la pensión, siempre incluyendo, dentro del cómputo de las semanas de cotización legalmente exigidas, el tiempo de servicio prestado por el trabajador durante el lapso en el que se causó el pasivo del empleador.

¹² Sobre el punto, la misma providencia citada por los actores: CSJ, Sala Penal, 23 de mayo de 2018, rad. 51989.

Por tanto, la Corte **tuteló** los derechos al debido proceso y seguridad social del actor. Como consecuencia, dispuso dejar sin efectos el fallo dictado por la Sala Séptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín y, en su lugar, decidió **dejar en firme** la sentencia de primera instancia ordinaria, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, frente al reconocimiento de la titularidad del derecho a la pensión, y adiccionarla en el sentido que (i) entre COLPENSIONES y el actor se deberá pactar una fórmula en la que este último pague las sumas de dinero percibidas, en su momento, por concepto de devolución de saldos de parte del Fondo de Pensiones Santander; y (ii) la empresa Producciones Juan B. Cataño EU está estrictamente obligada a cancelar a COLPENSIONES el cálculo actuarial que deberá ser liquidado por dicha entidad pensional.

- **Salvamento y aclaraciones de voto**

El magistrado **Carlos Bernal Pulido** se apartó de la decisión adoptada por la Sala Plena con fundamento en las siguientes consideraciones de *procedencia* y *de fondo*.

Frente a las primeras (procedencia de la acción). En el caso no se acreditaban los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Por una parte, la acción no cumplía con una carga mínima y razonable de *inmediatez*, dado que cuestionaba una sentencia proferida en octubre del año 2011 (la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín), y la acción de tutela se interpuso solo hasta octubre de 2017, amén de que no se planteó defecto alguno en contra de la última decisión proferida en dicho proceso (la de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia). Por otra parte, de manera oficiosa, la Sala encontró acreditado un supuesto defecto sustantivo en la decisión cuestionada para, a su vez, dejar sin efectos la sentencia de casación que, se reitera, fue la última que se profirió en este asunto y que no fue objeto de reproche por el tutelante.

Frente a las segundas (estudio de fondo de la acción). En primer lugar, la Sala pasó por alto que en el año de 1995 el actor se había trasladado del entonces ISS (Colpensiones) al otrora Fondo Santander (del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–). Además, que había retirado su ahorro pensional del RAIS en el año 2004. Dadas estas falencias, la Sala no analizó los asuntos relacionados con la causación del derecho y el financiamiento de la pensión objeto de controversia, lo que supuso el desconocimiento del Acto Legislativo 01 de 2005.

En segundo lugar, la Sala pasó por alto el precedente jurisprudencial de esta Corte, según el cual la atribución de las consecuencias del no pago de aportes a Colpensiones se derivan de la *mora patronal*, supuesto jurisprudencial y legal muy distinto al de *falta de afiliación*.

En tercer lugar, la Sala aplicó una norma prevista expresamente para "*obtener la pensión de vejez*", esto es, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a un caso de "*pensión de invalidez*".

Finalmente, la Sala modificó la naturaleza constitucional y legal de la pensión de invalidez, al permitir el traslado del riesgo del empleador hacia una administradora de fondo de pensiones –AFP– con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, y sin necesidad de afiliación previa.

Las Magistradas **Diana Fajardo Rivera** y **Gloria Stella Ortiz Delgado**, así como el Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservaron la presentación de eventuales aclaraciones de voto, sobre algunas de las consideraciones de esta sentencia.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta